Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen

Die Entwicklung der Lehre
von der „culpa in contrahendo“
von Jhering bis heute

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

Vorgelegt von
Johann Krasser
aus Fürth i. B.

Referendar in Fürth i. B.

Approbiert am 13. März 1929

Buchdruckerei J. Bollmann, Zirndorf
1929

Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen

Die Entwicklung der Lehre
von der „culpa in contrahendo“
von Jhering bis heute

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

Vorgelegt von
Johann Krasser
aus Fürth i. B.

Referendar in Fürth i. B.

Approbiert am 13. März 1929

Buchdruckerei J. Bollmann, Zirndorf
1929

Referent: Professor Dr. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern gewidmet!

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

A. Die Entwicklung unter der Herrschaft des gemeinen Rechts.

I. Die Lehre Jherings.

II. Andere gemeinrechtliche Schriftsteller.

III. Die Stellung der gemeinrechtlichen Wissenschaft zur Haftung für Verschulden beim gültigen Vertragsschluß.

IV. Die Stellung der Rechtsprechung.

B. Die Entwicklung unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Die ausdrückliche gesetzliche Regelung.

II. Die Erweiterungsversuche.

1. Die Lehre Kuhlenbecks.
2. Die Lehre Leonhards.
3. Die Versuche, eine erweiterte Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auf unerlaubte Handlung zu stützen.
4. Die Stellung des Reichsgerichts zu der Leonhardschen Lehre.
6. Die jüngste Behandlung des Problems:
   a) In der Theorie.
   b) Durch das Reichsgericht.
7. Die Stellung der §§ 122 und 179 zu dem Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen.
8. Die Voraussetzungen der Entstehung des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen.

Schlußwort.

Einleitung.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit der Frage einer Haftung der Parteien für ihr den Gegner schädigendes Verhalten während der Vertragsverhandlungen (V.V.), mit dem Gedanken einer Haftung für einen Schaden, dessen Ursache ein Verhalten ist, das dadurch bestimmt ist, daß es vom Schadenstifter begangen wird, während er und der Geschädigte über einen zwischen ihnen abzuschließenden Vertrag verhandeln.

Und zwar soll dargestellt werden die moderne deutsche Entwicklung dieses Gedankens[1]). Es soll gezeigt werden, wie dieser Gedanke in diese Entwicklung überhaupt Eingang gefunden hat, wie sich Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung des weitern zu ihm gestellt haben und welche Behandlung er heute erfährt. Dabei soll insbesondere versucht werden, die grundsätzlichen Entwicklungslinien herauszuarbeiten.

Die Arbeit ist also im wesentlichen darstellender Natur, beim Eingehen auf die heutige Behandlung des Problems wird sie aber stellenweise auch kritischen Charakter annehmen.

A. Die Entwicklung unter der Herrschaft des gemeinen Rechts.

I. Die Lehre Jherings.

Die moderne Entwicklung unseres Gedankens beginnt unter der Herrschaft des gemeinen Rechts mit Rudolf von Jherings Schrift: „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen[2])".

In dieser Schrift unterscheidet Jhering zwischen dem Interesse, das ein Vertragsteil daran hat, daß der Vertrag ordnungsmäßig erfüllt wird, daß er so gestellt wird, wie er auf Grund des Vertrages gestellt werden muß, und dem Interesse, das er daran hat, daß von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen ist, zwischen dem Erfüllungsinteresse und dem „negativen Vertrags-

[1]) Für das klassische römische und ausländische Recht vgl. Heldrich, Verschulden beim Vertragsabschluß. 1923.

[2]) Jahrb. f. Dogm. Bd. IV. S. 1 ff.

interesse“ [3]). Er geht sodann von einigen konkreten Fällen aus, in denen nach seiner Anschauung [3a]) ein von den Parteien beabsichtigter Vertrag wegen Irrtums oder unrichtiger Uebermittlung nichtig und diese Nichtigkeit von der einen Partei verschuldet ist. In derlei Fällen — so meint er — sei es doch eine Forderung der Billigkeit, die schuldhafte Partei auf das negative Interesse haften zu lassen, das Rechtsempfinden verlange, daß sie den der andern Partei infolge der Nichtigkeit entstandenen Schaden, also z. B. die nutzlos aufgewendeten Verpackungs- und Versendungs-Kosten ersetze. Das entgegengesetzte Resultat sei praktisch trostlos und unbillig [4]).

Bei dem Versuche jedoch, für das gemeine Recht eine solche Haftung zu begründen, stößt er auf Schwierigkeiten und gelangt zu dem Ergebnis, daß von den beiden für die Anerkennung der Haftung zunächst sich bietenden Klagen — der actio doli und der actio legis Aquiliae — keine brauchbar sein, die actio doli nicht, weil in den fraglichen Fällen die Billigkeit unbedingt eine Haftung für Fahrlässigkeit erfordere, die acto legis Aquiliae nicht, weil es in den zu untersuchenden Fällen an der eigentümlichen Art der Beschädigung fehle, die diese Klage voraussetzt [5]).

Da er aber die Haftung für praktisch unentbehrlich hält, beruhigt er sich bei diesem Ergebnis nicht und versucht nun die Eigenart der culpa, wie sie in den Fällen vorliegt, von denen er ausgegangen ist, im Gegensatz zu sonstigen Fällen einer culpa zu erkennen. So findet er, daß in den von ihm mitgeteilten Fällen die culpa begangen werde „bei Gelegenheit eines intendierten Kontraktsverhältnisses“ und nennt diese so gefundene besondere Art von culpa: „culpa in contrahendo“ [6]).

Nachdem er so einen festen Tatbestand für seine Untersuchungen gewonnen hat, fragt er nun weiter, ob das römische Recht irgendwie eine Haftung für eine derartige culpa, für culpa in contrahendo ausgesprochen habe.

Folgende Quellenstellen scheinen ihm brauchbar: [7])

a) l.62 § 1 D. 18.1
b) § 5 J. 3.23
c) l.8 § 1 D. 11.7
d) l.8 und 9 D. 18.4

In ihnen findet er nämlich den Satz ausgesprochen, daß der Verkäufer einer res extra commercium oder einer nicht existierenden

[3]) Diesen Ausdruck hat Jhering geschaffen (Seite 16 a. a. O.), während der Begriff selbst sich schon bei Savigny und Mommsen findet. Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten § 307, Anm. 5.
[3a]) Willenstheorie!
[4]) S. 2 a. a. O.
[5]) S. 24 a. a. O.
[6]) S. 7 a. a. O.
[7]) S. 9 a. a. O.

Erbschaft dem Käufer, sofern dieser den Mangel nicht kennt, unbedingt zur Leistung des negativen Interesses verpflichtet sei [8]). Diesen Anspruch auf Schadenersatz faßt er als einen kontraktlichen Anspruch auf; denn die Römer hätten hier die Kontraktsklage gegeben [9]). Er ist weiter der Meinung, daß, obwohl der Verkäufer in diesen Fällen auch dann hafte, wenn ihn im konkreten Falle ein Verschulden nicht treffe, der innere Grund der Schadensersatzpflicht in einer Verschuldung des Verkäufers zu suchen sei, die in diesen Fällen eben vom Rechte fingiert sei [10]). Infolgedessen erscheint ihm auch die Klage dieser Quellenstellen nicht als eine — dem im römischen Rechte grundsätzlich geltenden Verschuldungsgedanken widersprechende — Singularität, sondern er hält sich für berechtigt aus den Stellen ein allgemeines Prinzip abzuleiten, mit dessen Hilfe über die in ihnen erwähnten Einzelfälle hinausgegangen und in allen Fällen, in denen eine gleiche culpa, eine culpa in contrahendo sich finde, eine Schadensersatzklage auf das negative Interesse gegeben werden könne. Dieses Prinzip formuliert er in dem Satze:

> „Das Gebot der kontraktlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadensersatz. Die culpa in contrahendo ist nichts anderes als die kontraktliche culpa in einer besonderen Richtung [11])."

Damit, daß Jhering so bei seinem Versuche eine allgemeine und praktisch befriedigende Lösung des Problems der Schadenshaftung beim nichtigen oder nicht zustandegekommenen Vertrag [12]) zu finden, den Begriff der culpa in contrahendo schafft und so dieses Problem umwandelt in die Frage: inwieweit macht ein Verschulden schadensersatzpflichtig, das dadurch gekennzeichnet und bestimmt ist, daß es ein Verschulden ist, das begangen wird „bei Gelegenheit eines intendierten Kontraktsverhältnisses", daß es ein Verschulden in contrahendo, ein Verschulden während der Vertragsverhandlungen ist, erweckt er für die moderne Rechtsentwicklung einen neuen Rechtsgedanken zum Leben: den Gedanken einer Haftung für ein Verhalten während der V.V.

---

[8]) S. 8 a. a. O.
[9]) S. 28 ff. a. a. O. vgl. dazu Heldrich S. 18 ff. a. a. O.
[10]) S. 34 ff., S. 38/39 a. a. O.
[11]) a. a. O. S. 52.
[12]) Vor ihm wurde dieses Problem nicht allgemein, sondern bloß für einzelne konkrete Fälle behandelt. Vgl. z. B. Richelmann, Der Einfluß des Irrtums auf Verträge 1837 für den Fall des Irrtums; Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 109 ff. für den Fall der Unmöglichkeit der Leistung; Scheurl, Jahrb. f. Dogm. II. S. 274 für den Offertwiderruf. Vgl. dazu Hammel a. a. O. S. 23.

Von nun an wird die Frage, inwieweit aus einem so bestimmten Verhalten eine Schadensersatzpflicht entstehen könne, in steigendem Maße behandelt. Weiterer Zweck dieser Arbeit ist eben nun, darzustellen, für welche Arten und Einzelfälle eines derartigen Verhaltens und wie, in welcher Weise das der Fall gewesen ist.

II. Andere gemeinrechtliche Schriftsteller [13]).

1. Die Begründung der Haftung für culpa in contrahendo, die die Nichtigkeit oder das Nichtzustandekommen des Vertrages verursacht, hat Jhering, wie wir gesehen haben, in der Weise versucht, daß er für das gemeine Recht den Satz vertrat, die Parteien seien einander schon im Stadium des Werdens des Vertragsverhältnisses zur Wahrnehmung der kontraktlichen diligentia verpflichtet. Versucht er so, eine Haftung für schuldhaftes, die Nichtigkeit des Vertrages verursachendes Verhalten in contrahendo als „kontraktliche" zu begründen, so unternehmen es andere gemeinrechtliche Schriftsteller, die nun, nachdem er den Anstoß gegeben hat, das Problem behandeln, dieselbe Haftung aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung herzuleiten.

So vertrat z. B. Mommsen [14]) den Standpunkt, daß eine derartige Haftung für das gemeine Recht nur als deliktische begründet werden könne. Er lehnte sie an die actio doli an und stellte dem „dolus in contrahendo" die culpa lata gleich.

Auch Dernburg [15]) war der Meinung, daß die Haftung nur außerkontraktlich begründet werden könne. Er wollte aber die actio legis Aquiliae entsprechend angewandt wissen.

Damit wird bereits im Anfangsstadium der Entwicklung unseres Gedankens eine Frage gestellt, die, da sie für die Behandlung eines jeglichen Schadensersatzanspruches aus einem Verhalten in contrahendo von grundsätzlicher Bedeutung ist, über die gemeinrechtliche Behandlung der Frage der Haftung für Vertragsnichtigkeit hinaus lebendig geblieben ist [16]), die Frage nämlich, ob irgendeine praktisch geforderte Haftung aus einem Verhalten während der V.V. als „vertragliche" oder als deliktische begründet werden könne bezw. ob eine bereits kraft Gesetzes begründete derartige Haftung

[13]) Beabsichtigt ist hier nicht eine erschöpfende Darstellung des gemeinrechtlichen Rechtszustandes, sondern dargestellt werden nur solche Gedankengänge, die wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung für unser Problem über das gemeine Recht hinaus lebendig geblieben sind und die Gestaltung der späteren Entwicklung irgendwie bestimmt haben. Für die aus diesem Grunde nicht dargestellten gemeinrechtlichen Theorien, insbesondere die Mandats- und Garantiekonstruktionen vgl. Windscheid-Kipp a. a. O. § 307, Anm. 5.

[14]) Erörterungen aus dem Obligationenrecht II. S. 33 ff. insbes. S. 38.

[15]) Pandekten II. S. 28.

[16]) Vgl. unten.

als „vertragliche“ oder als deliktische anzusehen sei; ob also, genauer gesprochen, diese Haftung als Folge der Verletzung einer besondern, gerade gegenüber dem andern Kontrahenten bestehenden Rechtspflicht oder als Folge der Verletzung einer allgemeinen, gegenüber allen Rechtsgenossen bestehenden Pflicht anzusehen sei. —

2. Ausgangspunkt der Jheringschen Untersuchung ist, wie dargestellt, das Bestreben gewesen, eine allgemeine und praktisch befriedigende Lösung der Frage der Schadenshaftung beim nichtigen oder nicht zustandegekommenen Vertrag zu finden. Dieses Ziel hat Jhering nicht erreicht. Im dritten Abschnitt seiner genannten Abhandlung [17]) hat er versucht, mit Hilfe des Begriffes der culpa in contrahendo und des Satzes, daß nach gemeinem Recht das Gebot der kontraktlichen diligentia auch schon für werdende Vertragsverhältnisse gelte, für eine reiche Zahl von Einzelfällen der Vertragsnichtigkeit einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Dabei stieß er auf Fälle, in denen er die Haftung zwar als unbedingt verkehrsnotwendig und praktisch unentbehrlich empfand, wo es aber für ihn — wie er selbst fühlte — ziemlicher Anstrengung und stark gekünstelter Konstruktionen bedurfte, um auf seiten desjenigen, den er haftbar machen wollte, eine culpa zu finden [18]). Objektiv betrachtet ließ er in diesen Fällen den Haftenden bereits ohne wirkliches Verschulden haften, er nannte ein Verhalten schuldhaft, das mit Verkehrsmaßstäben gemessen subjektiv völlig vorwurfsfrei ist.

Um nun aber auch in diesen Fällen [19]) den als praktisch unentbehrlich empfundenen Schadensersatzanspruch theoretisch ungekünstelt begründen zu können, haben eine Reihe gemeinrechtlicher Schriftsteller [20]) dazu das Veranlassungsprinzip, den Gedanken herangezogen, „daß der Urheber eines Schadens ersatzpflichtig sei, möge ihm eine Verschuldung zur Last fallen oder nicht“ [21]).

Unter Berufung auf l. 8. § 1. D. 11, 7; l. 62. § 1. D. 18,1 [21a]) stellt schließlich Windscheid [22]) ganz allgemein den Satz auf, „daß jeder Vertragsschließende einstehen muß für die nachteiligen Folgen des durch seine Erklärung in dem Gegner erregten Vertrauens auf

---

[17]) S. 56 ff. a. a. O.

[18]) Man vgl. z. B. den Fall S. 92 a. a. O.

[19]) Es handelt sich um eine Reihe der praktisch wichtigsten, vor allem die unrichtige Uebermittlung eines Telegramms.

[20]) Köppen, vor allem aber Regelsberger u. Melliger. Köppen, Jahrb. f. Dogm. 11 S. 139 ff. insb. S. 282 ff.; Regelsberger, in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II. § 242; Melliger, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen S. 145 ff.

[21]) So Regelsberger, unter den Genannten deswegen bes. interessant, weil er diesen Satz auf deutschrechtliches Gewohnheitsrecht zurückführt.

[21a]) Vgl. die Jheringschen Quellenstellen!

[22]) Pandekten § 307 Anm. 5.

den Erwerb eines Forderungsrechts aus dem Vertrag, insoferne dieser Erwerb durch einen Grund ausgeschlossen wird, welchen der Gegner nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist".

Auch er will also den Vertragsschließenden für sein Verhalten während der V.V., das die Nichtigkeit des beabsichtigten Vertrags nach sich zieht, ohne Rücksicht auf die subjektive Vorwerfbarkeit dieses Verhaltens haften lassen.

Auch diese Ueberlegung: Soll unter die Voraussetzungen einer Haftung für ein Verhalten während der V.V. subjektive Vorwerfbarkeit aufgenommen werden oder soll ohne Rücksicht auf dieses Moment gehaftet werden, ist nicht nur für die gemeinrechtliche Behandlung der Haftung für Vertragsnichtigkeit von Bedeutung, sondern ist bis in das jüngste Entwicklungsstadium unseres Problems hinein immer wieder aufgetaucht und lebendig geblieben [23]).

III. Die Stellung der gemeinrechtlichen Wissenschaft zur Haftung für Verschulden beim gültigen Vertragsschluß.

So wird von der gemeinrechtlichen Wissenschaft im Gefolge Jherings dasjenige Verhalten der Parteien während der V.V., das die Nichtigkeit oder das Nichtzustandekommen des Vertrags verursacht und dadurch den Gegner schädigt, eingehend daraufhin untersucht, inwieweit daraus eine Schadensersatzpflicht entstehen könne. Nun liegt es aber auf der Hand, daß ein Verhandelnder den anderen durch sein Verhalten während der Verhandlungen nicht nur dadurch schädigen kann, daß durch dieses Verhalten der Vertrag nicht rechtsbeständig zustandekommt. Man denke etwa daran, daß der Verkäufer dem Käufer einen Mangel der Kaufsache verschweigt, der Vertrag, den der Käufer bei Kenntnis des Mangels niemals geschlossen hätte, dadurch zustandekommt und der Käufer durch den Ge- oder Verbrauch der fehlerhaften Sache geschädigt wird. Auch hier liegt doch die Ursache des Schadens in dem Verschweigen des Verkäufers, in seinem Verhalten während der V.V. Ein derartiges Verhalten in contrahendo, das den Gegner schädigt, obwohl, ja gerade weil der Vertrag rechtswirksam zustandekommt, ist nun im gemeinen Rechte ebenfalls daraufhin untersucht worden, inwieweit es zum Schadensersatz verpflichten könne. Allerdings nicht in dem Umfange wie das Jheringsche Verhalten. Untersucht wird nämlich nicht jedes derartig schadenstiftende Verhalten, sondern bloß ein bestimmter konkreter Fall, nämlich das Verschulden des Verkäufers beim Vertragsschluß.

Und zwar ging hier nun die fast einhellige Ansicht dahin, daß außer ausdrücklichem Versprechen nur die Arglist des Verkäufers

[23]) Vgl. z. B. Entscheidung des R.G. Band 104 S. 265 ff. J. W. 1922 S. 1313.

zum Schadensersatz verpflichte [24]). Erst Franz Leonhard [25]) ist gegen Ende der Herrschaft des gemeinen Rechts mit größerem Nachdruck und eingehender Kritik dieser herrschenden Lehre für eine Haftung des Verkäufers für jegliches Verschulden, insbesondere auch für Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß [26]) und damit für die Anerkennung einer Haftung für schuldhaftes Verhalten während der V.V. beim nachfolgenden gültigen Vertrag in einem weiteren Umfange eingetreten [27]). Er hat aber nicht viel Gefolgschaft gefunden, einige haben sich seiner Lehre angeschlossen [28]), im ganzen ist aber die alte Ansicht herrschend geblieben [29]). Seine Schrift hat auch keine grundsätzliche und allgemeine Behandlung der Frage der Haftung für culpa in contrahendo beim gültigen Vertragsschluß nach sich gezogen, ist nicht — wie seine spätere — [30]) ein Seitenstück der Jheringschen geworden. Wir können uns daher mit diesen Ausführungen begnügen und nun die Behandlung unseres Problems durch die Pandekten-Lehre wie folgt zusammenfassen:

Die Wissenschaft des gemeinen Rechts erweckt den Gedanken einer Haftung für ein als Verhalten während der V.V. bestimmtes schadenstiftendes Verhalten für die moderne deutsche Rechtsentwicklung zum Leben. Sie untersucht jedoch nicht allgemein jedes derartige Verhalten auf die Haftung hin, sondern bloß eine bestimmte Art — das die Nichtigkeit des Vertrags nach sich ziehende — und einen konkreten Fall — die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim gültigen Vertragsschluß. Alles andere schadenstiftende Verhalten während der V.V. bleibt ununtersucht.

IV. Die Stellung der Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung des gemeinen Rechts hat eine selbständige, über das gemeine Recht hinaus wirksam gebliebene Behandlung unseres Problems [31]) nicht angebahnt, wenigstens nicht für die Jheringfälle. Hier ist sie stark vom jeweiligen Stande der Theorie beeinflußt [32]). Etwas anders liegt es, wenn wir hierin

---

[24]) Vgl. Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschlusse, Dissertation 1896 S. 1.

[25]) In der Anmerkung 24 zitierten Schrift.

[26]) Vgl. S. 1, 5, 14, 65 a. a. O.

[27]) In seiner Schrift „Verschulden beim Vertragsschlusse" 1910 behauptet er für das röm. Recht auch eine Haftung des Vermieters und des Verpfänders für ihr Verschulden beim Vertragsschluß. Vgl. S. 9 dieser Schrift.

[28]) Vgl. die Zitate S. 9 Anm. 6 bei Leonhard 1910.

[29]) Vgl. dazu auch Kipp D. J. Z. Bd. 8 S. 256, insb. Anm. 1.

[30]) Vgl. darüber unten.

[31]) Wie sie hier doch allein dargestellt werden soll.

[32]) Vgl. statt aller: Entscheidung R.G. Bd. 28. S. 16 ff.

Leonhard folgen [33]), in dem von diesem untersuchten Fall. Hier haben die meisten hohen Gerichte Deutschlands die Haftung auch für Fahrläßigkeit bejaht, trotz der gegensätzlichen Meinung in der Theorie, so daß also hier wenigstens, hinsichtlich der praktischen Behandlung der Frage der Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim gültigen Vertragsschluß eine Entwicklung angebahnt ist, die später unter der Herrschaft des BGB. wieder aufgenommen und erweitert worden ist.

B. Die Entwicklung unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

I. Die ausdrückliche gesetzliche Regelung.

Das BGB. enthält keinen Satz, der allgemein bestimmte, inwieweit es eine Haftung aus einem Verhalten, das als Verhalten während der V.V. sich darstellt, anerkenne [34]), es enthält auch [35]) keinen Satz, der für das die Nichtigkeit des Vertrags nach sich ziehende oder für das die Rechtsbeständigkeit des Vertrags nicht berührende Verhalten in contrahendo die Frage des Schadensersatzes allgemein regelte. Vielmehr findet sich eine Haftung aus Verhalten während der V.V. im B.G.B. nur für eine Reihe von konkreten Einzelfällen eines solchen Verhaltens ausdrücklich anerkannt.

Dahin gehören beispielsweise [36]):

1. Für die Fälle des gültigen Vertrags:

a) Die Haftung des Verkäufers auf das Erfüllungsinteresse dafür, daß er dem Käufer während der Verhandlungen einen Mangel der Sache arglistig verschwiegen hat (§ 463 Satz 2 B.G.B.) [37]).

b) Die Haftung des Verleihers und Schenkers auf das negative Interesse dafür, daß sie während der Verhandlungen einen Sach- oder Rechtsmangel dem Gegner arglistig verschwiegen haben (§§ 600, 523 Abs. 1 [38]) 524 Abs. 1).

[33]) A. a. O. (Dissertation) S. 57/58 und 1910, S. 9 und die dort zitierten Entscheidungen.

[34]) Das ist nicht weiter erstaunlich, denn soweit war ja die Entwicklung auch im gemeinen Rechte noch nicht gediehen.

[35]) Obwohl hier die Pandektenlehre doch vorgearbeitet hatte!

[36]) Eine erschöpfende Aufzählung ist nicht beabsichtigt, aufgeführt werden nur diejenigen Fälle des BGB., an die die künftige Entwicklung sich irgendwie angelehnt hat.

[37]) Also Entscheidung der Leonhardschen Frage im Sinne der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre. Vgl. Leonhard selbst, Diss. S. 66. Als Fall einer Haftung für culpa in contrahendo allgemein anerkannt. Vgl. z. B. Kommentar der R.G. Räte zu § 463; Leonhard 1910 S. 3; Siber, in Planks Kommentar 2. Bd. 1. Hälfte Vorbemerkung zu 275—292 4a.

[38]) Vgl. R.G. Räte zu §§ 600, 523, 1, 524, 1; Siber, a. a. O.; Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 600; von Tuhr, Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 121, S. 360 u. a.

c) Die Haftung des Hinterlegers auf das negative Interesse dafür, daß er dem Verwahrer eine Sache von gefahrdrohender Beschaffenheit zur Verwahrung übergeben hat, obwohl er „bei der Hinterlegung," also beim Vertragsschluß, diese Beschaffenheit kannte oder kennen mußte (§ 694 BGB.) [39]).

2. Für die Fälle des nichtigen oder nicht zustandegekommenen Vertrags:

a) Die Haftung des Kontrahenten eines Schuldvertrags auf das negative Interesse dafür, daß er den Vertrag trotz Kenntnis der Unmöglichkeit oder Verbotswidrigkeit der versprochenen Leistung oder in fahrlässiger Unkenntnis dieser die Nichtigkeit des Vertrags nach sich ziehenden Umstände geschlossen hat (§§ 307, 309 BGB. [40]).

b) Die Haftung einer Person dafür, daß sie im Namen eines andern einen Vertrag schließt, zu dem sie keine Vertretungsmacht hat, und dadurch — falls der Vertrag von dem Vertretenen nicht genehmigt wird — die Nichtigkeit dieses Vertrages verursacht und zwar

aa) wenn sie in Kenntnis des Mangels ihrer Vertretungsmacht gehandelt hat, auf Erfüllung oder auf das positive Interesse,

bb) wenn sie den Mangel nicht gekannt hat, auf das negative Interesse (§ 179, 1 und 2 B.G.B.) [41]), [42]).

c) Die Haftung eines jeden Erklärenden auf das negative Interesse dafür, daß er
entweder eine nicht ernstlich gemeinte oder eine irrtümliche Willenserklärung abgegeben hat,
oder daß er sich zur Uebermittlung seiner Willenserklärung einer Person oder Anstalt bedient hat, die diese Erklärung unrichtig übermittelte,
und daß er dadurch die Nichtigkeit der Erklärung und damit die Nichtigkeit des Vertrags, dessen Zustandekommen sie dienen sollte, verursacht und den Gegner geschädigt hat (§§ 122 mit 118/119/120 B.G.B.).

[39]) Vgl. von Tuhr D. J. Z. 1901 Sp. 472, Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 360; Oertmann zu § 694; R.G. Räte zu § 694, Staudinger zu § 694, Siber a. a. O.

[40]) Vgl. R.G. Räte zu § 307, Siber a. a. O. von Tuhr, Arch., Lewy, J. W. 1922 S. 1313, Oertmann zu § 307.

[41]) Vgl. Stoll, L. Z. 1923 Sp. 532/33, Raiser, Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 127 S. 20. Sonst finden sich keine ausdrücklichen Belege dafür, daß es sich hier um Haftung für einen Schaden handelt, dessen Ursache ein Verhalten während der V.V. ist, es finden sich aber auch keine gegensätzlichen Meinungen vertreten.

[42]) Durch den Anspr. auf Erfüll. wird natürl. der ursprüngl. Vertrag zwischen dem Dritten u. dem Vertretenen nicht gültig, vgl. dazu Oertmann, § 179, 2a.

Während aber für die unter 1 a bis c und 2 a und b, aufgeführten Schadensersatzpflichten als Schadensursache das als Verhalten während der V.V. bestimmte Verhalten allgemein anerkannt ist [43]), und sie damit als Fälle einer Haftung für derartiges Verhalten erscheinen, ist das für die Fälle des § 122 bestritten. Hier ist nämlich behauptet [44]) worden, es handle sich nicht um eine Haftung für einen durch ein Verhalten während der V.V. verursachten Schaden, die Schadensursache sei in diesen Fällen nicht in der Abgabe der fehlerhaften Erklärung, sondern in der Anfechtung zu erblicken, das negative Interesse sei aufzufassen als „Preis", um den die Anfechtung zu haben sei.

Dagegen ist zu sagen: die Anfechtung hat doch selbst wieder die fehlerhafte Erklärung zur Voraussetzung, ohne diese gibt es keine Anfechtung, auch wenn man sich zehnmal zum Ersatze des negativen Interesses erböte. Als eigentliche, als letzte Ursache dafür, daß der Vertrag nichtig ist und der Gegner geschädigt wird, erscheint deshalb die Abgabe der fehlerhaften Erklärung, das Verhalten in contrahendo [45]). Die Frage des Schadensersatzes für die Tatbestände des § 122 ist darum ja auch nicht erst entstanden mit dem Augenblick, als das B.G.B. die Nichtigkeit der Erklärung von einer Anfechtung abhängig machte, sondern eine Schadensersatzpflicht ist dem Urheber einer derartigen Willenserklärung als solchem von Jhering [46]) und seinen Nachfahren auferlegt worden, lange ehe das B.G.B. ihm das Anfechtungsrecht gab, das das Schicksal der Willenserklärung in seine Hand legt. Und dann ist doch die Bestimmung des § 122 ebenso wie die der §§ 179, 307, 309 zweifellos aus der Jheringschen Lehre hervorgegangen [47]). Weiter erfordert der im § 122 mitaufgeführte § 118 auch heute noch keine Anfechtung und der Absatz 2 des § 122 zeigt, daß die Verpflichtung zum Ersatze des negativen Interesses nicht immer erst dann eintritt, wenn der Anfechtungsberechtigte von seinem Recht Gebrauch macht, wie das doch sein müßte, wenn die Haftung bloß der Preis wäre, um den die Anfechtung zu haben sei. Aus diesen Gründen ist anzunehmen, daß [48]) auch § 122 eine Haftung für Verhalten während der V.V., eine Haftung für einen Schaden, dessen Ursache ein Verhalten während der V.V.

[43]) Wenigstens sind gegenteilige Ansichten nicht vertreten.

[44]) Von Levy, J. W. 1922, S. 1313. Vgl. auch von Tuhr, Allgem. Teil, S. 594 ff.

[45]) Vgl. dafür und für das Weitere Stoll a. a. O. Sp. 534 Anm. 5, Raiser, a. a. O. S. 25.

[46]) Dieser ging ja gerade von Fällen aus, in denen die Erklärung wegen Irrtums oder unrichtiger Uebermittlung nichtig ist. Vgl. oben.

[47]) Vgl. Motive zum BGB. I. S. 195, II. S. 178, I. S. 243.

[48]) Zunächst einmal rein tatbestandlich betrachtet, über den Haftungsgrund des § 122 ist damit noch nichts gesagt. Ueber ihn vgl. unten II, 7.

ist [49]), anordnet. Dem steht natürlich auch nicht entgegen, daß die Haftung des § 122 eintritt bei Abgabe aller irrtümlichen oder sonst in bestimmter Weise fehlerhaften Erklärungen, also auch bei solchen, die nicht auf die Schaffung eines Vertrags gerichtet sind, daß in § 122 also nicht bloß eine Haftung für Verhalten in contrahendo, sondern für Verhalten in declarando [50]) angeordnet ist, denn unter § 122 fallen eben alle Willenserklärungen dieser Art, also auch die auf die Herbeiführung eines Vertrags gerichteten.

So erkennt also das B.G.B. eine Haftung für Verhalten während der V.V. für bestimmte, genau umrissene Einzelfälle eines derartigen Verhaltens an. Und zwar verfährt es dabei so, daß es in einem Teil der Fälle (§§ 694, 307, 309) Verschulden oder einen bestimmten Verschuldensgrad (Arglist in §§ 463, 600, 524,1, 523,1) als Voraussetzung der Haftung verlangt, während es im andern Teile der Fälle ohne Rücksicht auf subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens in contrahendo haften läßt (§§ 122, 179 [50]a). Es nimmt also in der für die Jhering-Fälle bereits im gemeinen Recht lebendigen Frage: Verschuldens- oder Veranlassungsprinzip?, keine einheitliche Stellung ein; gerade die Jheringschen Fälle sind verschieden behandelt. Weiter entbehren die Einzelfälle einer gleichartigen Regelung insoferne, als zwar in den meisten Fällen auf das negative Interesse gehaftet wird, als aber doch auch im Falle des § 463 Satz 2 die Haftung auf das positive Interesse geht und im Falle des § 179 Abs. 1 der Dritte sogar die Wahl zwischen Erfüllungs-Anspruch und Anspruch auf das positive Interesse hat. Ferner ist in den Fällen des § 122, § 179,2, §§ 307/309 die Höhe des negativen Interesses auf den Betrag des Erfüllungsinteresses beschränkt, in den Fällen der §§ 523,1, 524,1, § 694 ist dies nicht der Fall.

Die Verfasser des B.G.B haben sich auch mit der — ebenfalls im gemeinen Recht für die dort behandelten Fälle bereits

[49]) So im Ergebnis auch Siber, a. a. O. 4a (S. 192 oben).

[50]) Dieser Ausdruck stammt von Manigk, Jahrb. f. Dogm. Bd. 75 S. 139.

[50]a) Auch § 179 Abs. 1, stellt einen Fall der Haftung für schuldloses Verhalten dar, trotz des Erfordernisses des „Kennens". Denn wesentlich ist bei der Entscheidung der Frage, ob man es mit Haftung für Verschulden zu tun hat oder nicht, doch, ob der Schadenstifter den Eintritt des Schadens vorausgesehen hat und trotzdem als Vertreter ohne Vertretm. aufgetreten ist, bezw. ob er ihn hätte voraussehen müssen. Nun lassen sich aber Fälle denken, in denen jemand zwar keine Vertretmacht hat und das auch weiß, wo er aber infolge der besonderen Sachlage glaubt und glauben darf, der Vertrag werde genehmigt werden, wo er glaubt und glauben darf, der Vertrag mit dem Vertretenen werde wirksam zustandekommen und der Dritte keinen Schaden erleiden. Von einer schuldhaften Verursachung des entstehenden Schadens kann in solchen Fällen also nicht die Rede sein, trotzdem haftet, wenn der Vertretene wider Erwarten nicht genehmigt, nach 179, I der Vertreter für diesen Schaden hinsichtl. dessen Entstehen sein subjekt. Verhalten völlig einwandfrei ist.

erörterten Frage — beschäftigt, ob die in diesen Fällen anerkannte Haftung für Verhalten in contrahendo als „vertragliche“ oder als auf unerlaubte Handlung gegründete anzusehen sei. Einen ausdrücklichen Niederschlag haben diese Erwägungen im B.G.B. aber nicht gefunden, man hat die Lösung dieser Frage vielmehr „der Wissenschaft überlassen[51]).“

II. Die Erweiterungsversuche.

Diese kasuistische Regelung des B.G.B., die eine Haftung aus Verhalten während der V.V. nur für eine Reihe von Einzelfällen eines solchen Verhaltens ausdrücklich anerkennt, hat sich bald als praktisch unzulänglich erwiesen. Immer wieder tauchten Fälle eines schadenstiftenden Verhaltens während der V.V. auf, für die die vorhandenen Gesetzesbestimmungen keine Haftung gaben, in denen die Anerkennung einer solchen aber ebenso als praktisch notwendig, ebenso als die gerechte Lösung des gegebenen Interessenkonflikts empfunden wurde wie in den gesetzlich geregelten Fällen. So fehlt es denn schon bald nach dem Inkrafttreten des B.G.B. nicht an Versuchen, für dieses trotz der gesetzlichen Einzelvorschriften eine allgemeinere Haftung aus Verhalten in contrahendo zur Anerkennung zu bringen.

1. Die Lehre Kuhlenbecks:

So hat Kuhlenbeck[52]) versucht, für dasjenige Verhalten während der V.V., das die Nichtigkeit oder das Nichtzustandekommen des beabsichtigten Vertrags verursacht, allgemein eine Haftung zu geben.

Der praktische Fall, von dem er ausgeht, liegt so, daß der beabsichtigte Vertrag gemäß § 153 B.G.B. deshalb nicht zustande kommt, weil der Antragende vor Annahme des Antrages stirbt und anzunehmen ist, daß er für diesen Fall den Vertrag nicht gewollt hat. Dieser ist nämlich ein Werklieferungsvertrag, der auf die Herstellung eines persönlichen Gebrauchsgegenstandes, eines Anzuges, gerichtet ist. Der Adressat der Offerte, der Werkunternehmer erfährt von dem Tode des Herstellers nichts, er fertigt im Vertrauen darauf, daß — im Wege des § 151 B.G.B. — der Vertrag zustandegekommen ist, den Anzug an und erleidet so, da der Erbe des Bestellers ja nach § 153 BGB. nicht zur Abnahme und Zahlung verpflichtet ist, durch dieses Vertrauen auf das Zustandegekommensein des Vertrages einen Schaden.

Obwohl nun das B.G.B. für den Fall, daß durch den während des Werdens des Vertrags eintretenden Tod des Antragenden das

[51]) Vgl. Motive I. Seite 195.

Nichtzustandekommen des Vertrags und dadurch ein Schaden des Gegners verursacht wird, eine Haftung nicht ausgesprochen hat, behauptet Kuhlenbeck doch, daß der Erbe auf das negative Interesse hafte, und zwar deshalb, weil aus den Vorschriften, in denen das B.G.B. für einzelne Fälle von Erklärungsnichtigkeit eine Haftung auf das negative Interesse anerkannt habe, — aus den §§ 122, 179, 307, 309 —, sich ein allgemeines Prinzip für die Behandlung aller Fälle von Erklärungsnichtigkeit ableiten lasse, dahingehend, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertrags-Interesse erlange, es sei denn, daß er den Nichtigkeitsgrund gekannt habe oder habe kennen müssen. Er will also die Frage der Haftung für Vertragsnichtigkeit genau so behandeln, wie das Windscheid für das gemeine Recht getan hat, und dessen Behandlung unter der Herrschaft des B.G.B. weiterführen.

Dieser Versuch Kuhlenbecks, für die Fälle eines Verhaltens während der V.V., das die Nichtigkeit des Vertrags nach sich zieht, eine allgemeine Haftung zu begründen, muß als gescheitert angesehen werden.

Zwar ist es richtig, daß die §§ 122, 179, 307, 309 eine Haftung für Erklärungsnichtigkeit, für Verhalten in declarando vel contrahendo, das die Nichtigkeit der Erklärung nach sich zieht, aussprechen. Aber aus diesen Vorschriften läßt sich kein allgemeiner Grundsatz für die Behandlung aller Fälle eines solchen Verhaltens gewinnen. Denn die Art, wie das B.G.B. die von ihm geregelten Fälle eines solchen Verhaltens behandelt, ist nicht die gleiche, die Voraussetzungen, unter denen es die Haftung anordnet, sind für die einzelnen Fälle verschieden. In den §§ 307, 309 ist unter die Voraussetzungen der Haftung subjektive Vorwerfbarkeit, Verschulden aufgenommen, in den §§ 122 und 179 nicht. Dem, der es unternimmt, auf Grund der gesetzlichen Einzelfälle einer Haftung für Verhalten in contrahendo, das die Nichtigkeit des Vertrags verursacht, eine Schadensersatzpflicht für alle Fälle eines solchen Verhaltens zu begründen, stehen daher für die Behandlung eines jeden nicht geregelten Falles zwei gesetzliche Behandlungsarten zur Verfügung: Die des § 122, 179 und die des § 307, 309. Kuhlenbeck hat das ignoriert, er will einfach alle Fälle von Erklärungsnichtigkeit nach der Art des § 122 behandelt haben. Das geht aber nicht. Er hätte zum mindesten nachweisen müssen, daß trotz der §§ 307, 309 das B.G.B. die Frage der Haftung für Erklärungsnichtigkeit grundsätzlich nach der Art des § 122 behandelt haben wollte. Das hat er aber nicht getan und hat denn auch allseitige Ablehnung erfahren [53]).

[52]) D. J. Z. 1905 S. 1142 ff.

2. Die Lehre Leonhards.

Für die Fälle des schuldhaften, den Gegner schädigenden Verhaltens während der Verhandlungen über einen gültig zustandegekommenen Vertrag hat Franz Leonhard [54]) eine allgemeine Haftung zur Anerkennung zu bringen versucht.

Er geht davon aus, daß es ein praktisches Bedürfnis sei, über die Fälle eines Verschuldens beim Abschluß eines gültigen Vertrages, für die das Gesetz ausdrücklich eine Haftung angeordnet habe, hinaus eine allgemeine Haftung für derartiges Verschulden, eine allgemeine Haftung für „Vertragsschuld" [55]), anzuerkennen und behauptet, daß es möglich sei, die nichterschöpfenden gesetzlichen Einzelvorschriften durch eine allgemeine Regel zu ergänzen [56]), die die Haftung erweitere.

Um die Berechtigung dieser Ergänzung darzutun, verweist er zunächst auf die praktische Notwendigkeit [57]) und behauptet weiter, daß sie dem früheren Rechte entspreche. Alle die großen Rechtsgebiete Deutschlands vor 1900 hätten — mit alleiniger Ausnahme des sächsischen Rechts [58]) — eine derartige allgemeine Haftung für Vertragsschuld gekannt. Da nun die Vorschriften des B.G.B. meist nur der Niederschlag von bisher geltenden Rechtsgedanken sind, sei nicht leicht anzunehmen, „daß ein so wichtiger allgemeiner Rechtssatz ohne weiteres beseitigt sein soll." Ohne deutliche Aenderungen werde man nicht glauben dürfen, „daß er sang- und klanglos verschwunden sei [59])."

Sodann behauptet er, daß die Ergänzung auch aus der Analogie anderer Gesetzesvorschriften folge [60]). Denn genau wie die Parteien nach Abschluß des Vertrages zur ordnungsmäßigen Erfüllung verpflichtet seien, wie sie verpflichtet seien, die gegnerischen Interessen dadurch wahrzunehmen, daß sie dem Gegner verschafften, was ihm gebühre, genau so seien sie bereits im Sta-

[53]) Vgl. Klein, D. J. Z. 1906, Sp. 596, Seuff. Bl. 07, S. 140 ff. Oertmann, Anm. 6 zu § 122 und Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 125, Staudinger, Anm. 5 zu § 155. Raiser, a. a. O. S. 17, vgl. auch Leonhard, (1910) S. 59. — Weiteres über die Frage, ob sich aus diesen Vorschriften ein allgem. Prinzip ableiten läßt, siehe unter II, 8. dieser Arbeit.

[54]) In seiner Schrift: Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910. — Vorarbeit haben geleistet: P. Klein, Anzeigepflicht, und Fuchs, Gemeingefährlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz.

[55]) So nennt er das Verschulden beim Abschluß eines gültigen Vertrags. Vgl. S. 1.

[56]) Vgl. S. 3 a. a. O.

[57]) Daß eine solche besteht, beweist er eingehend für eine Reihe von Vertragstypen, vergl. S. 11—23 a. a. O.

[58]) Auch das römische Recht macht nach seiner Meinung ja wenigstens in den praktisch wichtigsten Fällen — Verkäufer, Vermieter, Verpfänder — für Vertragsschuld haftbar. Vgl. S. 9 und oben.

[59]) S. 10 a. a. O.

[60]) S. 3 und S. 42 ff. a. a. O.

dium des Vertragsschlusses verpflichtet, die gegnerischen Interessen in bestimmter Weise wahrzunehmen [61], [62]). Das folge aus der vom Gesetze anerkannten Haftung für Arglist [63]), die darauf beruhe, daß eine Sorgfaltspflicht schon beim Abschluß des Vertrages bestehe und diese verletzt sei.

Eine Verletzung dieser schon beim Abschluß des Vertrags bestehenden Pflicht zur Wahrnehmung der gegnerischen Interessen mache aber genau unter denselben Voraussetzungen haftbar wie die Verletzung der Pflicht zur ordnungsmäßigen Erfüllung. Denn sie stehe der Erfüllungspflicht ebenso theoretisch wie praktisch gleich [64]), sie beruhe genau wie diese auf dem Vertrage [65]). Deshalb sei es auch zulässig, auf sie analog die Haftungsregeln der Erfüllungspflicht, insbesondere den Satz des § 276 B.G.B. anzuwenden, wonach grundsätzlich für jede Art von Verschulden gehaftet werde [66]). Deshalb dürften auf sie auch die weiteren Regeln analog angewandt werden, die für einzelne Verträge Abweichungen von diesem Grundsatz bestimmen [67]); deshalb müsse der Vertragschließende nicht nur für sein eigenes Verschulden in contrahendo, sondern auch für das seiner Gehilfen haften [68]); deshalb sei die Vorschrift des § 254 B.G.B. auch auf das Verschulden beim Vertragsschluß anwendbar [69]); deshalb müsse für „Vertragsschuld" auf das Erfüllungsinteresse, auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung gehaftet werden [70]).

Leonhard behauptet also — alles in allem — für das B.G.B. genau dasselbe, was Jhering bereits für das gemeine Recht behauptet hatte, nämlich, daß die Parteien einander schon im Sta-

[61]) Leonhard selbst redet meist nur von einer „Pflicht zur Sorgfalt", meint aber damit zunächst die Pflicht zu einem bestimmten äußeren, objektiven Verhalten, nicht die Pflicht zu einem inneren, einem psychischen Verhalten. Anders hätten seine Ausführung S. 43 unten und S. 44, 48 keinen Sinn.

[62]) In welcher Weise dies geschehen müsse, ließe sich nicht allgemein bestimmen, sondern der jeweilige objektive Inhalt und Umfang dieser allgemeinen Pflicht müsse im einzelnen Falle vom Standpunkt „einer mittleren, etwas nüchternen Gesinnung aus" bestimmt werden (vgl. S. 61 a. a. O.). Auf S. 62 redet er des Näheren von einer Pflicht zur Anzeige.

[63]) z. B. den §§ 463, 523, 524, 600 usw.

[64]) Vgl. S. 48 a. a. O.

[65]) S. 58 a. a. O.

[66]) S. 48 a. a. O,

[67]) Also etwa die §§ 521, 599, 690.

[68]) S. 65 a. a. O.

[69]) S. 65 a. a. O.

[70]) Hierin anderer Meinung Oertmann — grundsätzlich nur auf das negative Interesse — in L. Z. 1914 Sp. 513 ff. und J. W. 1919, 35. Vgl. auch seine Ausführungen in seinem Kommentar vor § 145, 7c. Sonst stimmt Oertmann Leonhards Ausführungen durchaus zu. Vgl. dazu den Satz in L. Z. 1914: „Das Verschulden beim Vertragsschluß macht unter denselben Voraussetzungen haftbar, wie das bei der Vertragserfüllung".

dium der V.V. zur Wahrnehmung der „kontraktlichen diligentia" verpflichtet seien. Aber während Jhering die Parteien in dieser Weise zur Sorgfalt verpflichtet sein ließ nur während derjenigen Verhandlungen, die nicht zum Ziele führen [71]), beschränkt Leonhard diese Verpflichtung auf diejenigen Verhandlungen, die zum Abschluß des beabsichtigten Vertrages führen. Nach ihm ist es ja gerade der gültige Vertragsschluß, der die Parteien bereits während der V.V. zur Sorgfalt verpflichtet, nur dann wenn der Vertrag gültig zustandekommt, besteht auch schon während der Verhandlungen dazu für die Parteien eine Pflicht zur Sorgfalt. Daher [72]) will Leonhard für die Jhering-Fälle eine Haftung über die gesetzlichen Einzelbestimmungen hinaus auch nicht anerkennen, was ihm auch durchaus der Billigkeit zu entsprechen scheint [73]).

3. Die Versuche, eine erweiterte Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß auf unerlaubte Handlung zu stützen.

Während Leonhard also genau wie Jhering die Haftung für eine bestimmte Art des Verschuldens in contrahendo auf die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht gerade gegenüber dem andern Teile [74]) gründen wollte, hat es auch für das B.G.B nicht an Versuchen gefehlt, eine derartige Haftung über die gesetzlichen Fälle hinaus auf unerlaubte Handlung zu gründen, das schadenstiftende schuldhafte Verhalten während der V.V als unerlaubte Handlung im Sinne des B.G.B. aufzufassen. So hat Dernburg [75]) für die Fälle des Verschuldens in contrahendo, das die Nichtigkeit des Vertrags nach sich zieht, eine allgemeine Haftung auf § 823 Abs. 1 B.G.B. begründen wollen, da eine „Beschädigung des Eigentums, das heißt hier des Vermögens" vorliege. — Für den Leonhard-Fall des Verschuldens des Verkäufers beim Vertragsschluß haben einige [76]) eine Haftung über den gesetzlichen Fall der Arglist hinaus begründen wollen.

Alle diese Versuche scheitern aber schon daran, daß sie dem praktischen Bedürfnis nicht genügen, daran, daß sich auf Grund des § 823 B.G.B. eine Haftung für culpa in contrahendo nicht allgemein [77]), sondern höchstens für eine beschränkte Anzahl von

[71]) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 2, der bereits betonte, daß der Jheringsche Grundsatz auch für die Fälle des gültigen Vertrages gelten müßte.

[72]) und weil sich das auch auf Grund unerlaubter Handlung nicht durchführen lasse.

[73]) S. 58/59 a. a. O.

[74]) S. 32 u. 33 a. a. O.

[75]) Bürgerl. Recht I § 130, 2.

[76]) Kipp, in D.J.Z. 8, 255 ff. Recht 6, 476 ff, Müller, Recht 6, 541 ff.

[77]) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 32.

Einzelfällen begründen läßt[78]). Der Schaden aus culpa in contrahendo besteht nämlich in sehr vielen Fällen bloß in einer Schädigung des Vermögens als solchem, so daß, da nach heutiger allgemeiner Meinung nach § 823,1 nur die Verletzung von Personen- und absoluten Rechten, nicht aber die des Vermögens im allgemeinen haftbar macht, diese Fälle nicht unter diese Vorschrift gebracht werden können. Aber auch aus § 823 Abs. 2, nach dem die Schädigung des Vermögens im allgemeinen haftbar macht, läßt sich eine allgemeine Haftung schon deswegen nicht begründen, weil das Verschulden in contrahendo nicht notwendig mit der Verletzung eines Schutzgesetzes Hand in Hand zu gehen braucht, ja dies wird selbst bei Vorsatz nur in verhältnismäßig wenigen Fällen der Fall sein. § 826 scheidet von vorneherein aus, da er nur eine Haftung für Vorsatz begründet.

4. Die Stellung des Reichsgerichts zu der Leonhardschen Lehre.

Im Gegensatz zu diesen Versuchen, die Haftung auf unerlaubte Handlung zu stützen, die sich aus den bezeichneten Gründen keine Anerkennung verschaffen konnten und damit[79]) auf die Gestaltung der weiteren Rechtsentwicklung ohne Einfluß geblieben sind, haben die Gedankengänge Leonhards die weitere Behandlung der Frage der Haftung für Verschulden in contrahendo entscheidend bestimmt und zwar wesentlich deshalb, weil sie in die Rechtsprechung des Reichsgerichts und damit in die gesamte Praxis Eingang gefunden und sie in ihrem Sinne umgestaltet haben.

Bis zu Leonhards Schrift stand das R.G., trotz einer hin und wieder auftauchenden Neigung, eine Haftung für Verschulden während der V.V. über die gesetzlichen Fälle hinaus anzuerkennen[80]), grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß eine derartige Haftung abzulehnen sei[81]). Nun aber verläßt das R.G. diesen Standpunkt, es gibt der Leonhardschen Forderung statt und erkennt dann allgemein eine Haftung für schuldhaftes Verhalten während der V. V. an, wenn die Verhandlungen zum Ziele führen, wenn der Vertrag rechtswirksam zustandekommt. Noch mehr, es übernimmt auch die Leonhardsche Begründung, und stützt die Haftung auf die Verletzung einer vorvertraglichen Sorgfaltspflicht, deren objektiven Inhalt es genauer dahin bestimmt, daß es von „einer Pflicht zur Mitteilung der für den Willensentschluß des Geg-

[78]) Das haben Kipp und die andern Angeführten auch erkannt, während Dernburg, wie gesagt, glaubte, eine allgemeine Haftung begründen zu können.

[79]) Ebenso wie der Versuch Kipps a. a. O., die Haftung des Verkäufers durch Annahme von stillschweigender Zusage zu erweitern.

[80]) Vgl. die Entscheidungen Bd. 52, 172 ff. Bd. 56 S. 157, Bd. 63, 319.

[81]) Vgl. vor allem R.G. Recht 08, N. 1531.

ners bedeutsamen Tatsachen" redet[82]). So führt es zum Beispiel bereits in der ersten derartigen Entscheidung[83]), aus: „Die Rechtspflicht zur Kundgebung bestand in gleicher Weise vor und nach dem Abschluß des Vertrags; die zum Vertrag führenden Verhandlungen und der Abschluß des Vertrags bildeten ein einheitliches Ganzes. Dies rechtfertigt die Annahme, die für die Verhandlungen maßgebenden Pflichten zu den Vertragspflichten zu rechnen." In einer späteren Entscheidung[84]) heißt es sehr deutlich: „Es handelt sich um die Erfüllung einer Nebenverpflichtung aus dem . . . Vertrag, die nach den Grundsätzen dieses Vertrags zu beurteilen ist, obwohl sie schon vor dessen Abschluß zu erfüllen ist." In R.G. Band 95, S. 58 wird ausgeführt: „Kommt es zum gültigen Vertragsschluß, so muß jeder Teil darauf vertrauen können, daß seine Vertragsinteressen nicht gegen Treu und Glauben vom andern Teil mißachtet worden sind."

Treu und Glauben fordern die Haftung, fordern die Anerkennung einer Sorgfaltspflicht schon vor Vertragsschluß und diese beruht auf dem nachfolgenden gültigen Vertrag: das ist der ständig wiederkehrende Gedankengang des R.G. Gehaftet wird, da es sich ja um Nichterfüllung einer Vertragspflicht handelt, auf das Erfüllungsinteresse. Daher betont das R.G. auch genau wie Leonhard, daß es sich in diesen Fällen um etwas völlig anderes handle, als in den Fällen der §§ 307, 309, 122, 179 B.G.B. und daß hier eine Haftung über die gesetzlichen Fälle hinaus nicht anerkannt werden könne.

5. Die Lehre Sibers.

Obwohl nun die Leonhardsche Behandlung der Frage, inwieweit nach B.G.B. für Verhalten während der V.V. über die gesetzlichen Fälle hinaus gehaftet werden könne, von dem R.G. und der Praxis übernommen worden ist und damit auf die Entwicklung der praktischen Behandlung unseres Problems entscheidenden Einfluß gewonnen hat, ist der wesentliche Gedanke Leonhards, die Ableitung einer bereits im Stadium der Verhandlungen bestehenden Sorgfaltspflicht aus dem nachfolgenden Vertrag theoretisch, logisch nicht haltbar. Eine Pflicht, die bereits während der Verhandlungen eines abzuschließenden Vertrags bestehen und verletzt werden soll, eine Pflicht zur Kundgebung der für den, den Vertragsabschluß betreffenden Willensentschluß des Gegners bedeutsamen Tatsachen, die doch ihrer Natur nach bereits vor Abschluß des Vertrags zu erfüllen sind und für deren Beachtung es

[82]) Vgl. die nachfolgend zitierten Entscheidungen.

[83]) J. W. 1912, 743; vgl. ferner die Entscheidungen Bd. 97, 327, 336; 103, 49 J. W. 1915, 577; 1918, 613; Warn. 1920 Nr. 149, Recht 1919 Nr. 401 und 1938.

[84]) J. W. 1915, 240.

mit dem Abschluß des Vertrags zu spät ist, kann nicht aus diesem Vertrag entstehen, kann nicht auf diesem Vertrag beruhen. Es kann nicht sein, daß sie eher vorhanden ist als ihr Rechtsgrund, denn es ist logisch unmöglich, daß eine Wirkung eher da ist, als ihre Ursache[85]).

Aus dem nachfolgenden gültigen Vertrag läßt sich also eine allgemeine Pflicht der Parteien, bereits während der V.V. die gegnerischen Interessen wahrzunehmen, nicht ableiten. Dennoch ist es schließlich dieser Gedanke der besonderen, gerade dem andern Teil gegenüber bestehenden „vorvertraglichen Pflichten"[86]) gewesen, der die heutige Behandlung der Frage, inwieweit für ein schuldhaftes Verhalten während der V.V. über die gesetzlichen Einzelfälle hinaus gehaftet werde, beherrscht.

Den Anstoß dazu hat Siber gegeben. Er hat nämlich gezeigt[87]), daß in den gesetzlichen Einzelvorschriften die Haftung für culpa in contrahendo überall als die Folge der schuldhaften Verletzung einer bereits während der Verhandlungen bestehenden primären, besondern Pflicht erscheint, daß sich so zwar nicht aus dem nachfolgenden gültigen Vertrag eine allgemeine vorvertragliche Pflicht zur Wahrnehmung der gegnerischen Interessen, wohl aber aus dem Gesetze selbst gewisse derartige Pflichten von bestimmten Inhalte ableiten lassen.

So folgert er z. B. aus § 694 B.G.B., daß der Hinterleger schon vor dem Vertragsschluß sich nach der gefahrdrohenden Beschaffenheit der zu hinterlegenden Sache erkundigen müsse — das folge aus der Haftung für das Kennenmüssen — und daß er die ihm bekannte derartige Beschaffenheit wiederum schon bereits während der V.V. dem Verwahrer anzeigen müsse und das folge aus der Haftung für das Kennen und ihrem Ausschluß, wenn er angezeigt hat —.

Die Vorschriften, die die Haftung für das arglistige Verschweigen von Sach- und Rechtsmängeln regeln (z. B. §§ 443, 463, 540, 637) ergeben ihm, daß schon vor dem Vertragsschluß eine primäre Pflicht zur Anzeige der in Frage kommenden Mängel bestehe, der gegenüber die Schadensersatzpflicht als sekundäre Pflicht erscheine.

Aus den §§ 307, 309 folgert er eine Erkundigungs- und Anzeigepflicht hinsichtlich der Tatsache, ob die zu versprechende Leistung möglich und gesetzlich erlaubt sei.

An einer Stelle habe das Gesetz sogar ausdrücklich eine vorvertragliche Anzeigepflicht ausgesprochen, nämlich im § 663, der es gewissen Adressaten eines Auftragsantrags zur Pflicht macht,

---

[85]) Das hat zuerst Siber gegen Leonhard u. das RG. geltend gemacht. Vgl. I 4 b Vorbem. vor § 275 im Planckschen Kommentar z. BGB.

[86]) Ein Ausdruck Sibers.

[87]) I. 4 a Vorbemerkung von § 275 im Planckschen Kommentar.

dem Auftragsgeber unverzüglich anzuzeigen, daß sie die Annahme des Auftrags-Angebots, also eben den Vertragsschluß, ablehnen wollen [88]).

Voraussetzung der Entstehung dieser gesetzlichen, vorvertraglichen Pflichten sei in der Regel, daß die Parteien sich auf Verhandlungen miteinander eingelassen haben.

Mit Ausnahme der §§ 307, 309 empfiehlt Siber ferner eine analoge Anwendung der Vorschriften, aus denen er diese Pflichten abgeleitet hat.

Neben diesen, unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Rechtspflichten, die den Parteien der abzuschließenden Verträge schon während der V.V. obliegen, erkennt Siber für das B.G.B. noch eine Reihe anderer derartiger Pflichten an, die nicht unmittelbar auf Gesetz beruhen, sondern einen andern Rechtsgrund haben. Nach ihm enthalten nämlich die dem Vertragsschluß vorausgehenden Verhandlungen nicht selten einen namenlosen, einen atypischen, stillschweigend, konkludent geschlossenen Vertrag, der allein darauf gerichtet ist, unter den verhandelnden Parteien für das Stadium der Verhandlungen Pflichten zur Erhaltung von Vermögen und persönlicher Sicherheit des Gegners in ihrem bisherigen Bestande zu erzeugen. Derartige Verträge könnten im Wege der Auslegung, wenn diese richtig gehandhabt, nämlich gemäß § 157 B.G.B. nicht auf Ermittlung eines innern Willens, sondern der „Angemessenheit nach dem obektiven Maßstab von Treu und Glauben" gerichtet werde, in vielen Fällen festgestellt werden [89]). Wenn die Auslegung auf diese Weise vorgehe, erscheine es nicht als Fiktion, z. B. in dem Falle, daß ein Warenhaus zur Besichtigung seiner Ausstellung ohne Kaufzwang einlädt und jemand Folge leistet, in der Einladung die Zusage, daß man die Ausstellung ohne Gefahr für Person und Vermögen betreten könne, und in dem Besuche die Annahme dieser Zusage zu finden.

Auf diese Weise gelangt Siber zur Anerkennung einer ganzen Reihe vorvertraglicher, gerade gegenüber dem andern Teil bestehender Einzelpflichten von bestimmtem Inhalt [90]), deren Rechtsgrund teils unmittelbar das Gesetz, teils jener atypische Vertrag ist.

Alle diese Pflichten seien, da sie bereits während der Verhandlungen des abzuschließenden „Hauptvertrags" bestehen, unabhängig von diesem, sie seien zu erfüllen ohne Rücksicht darauf, ob dieser beabsichtigte Vertrag zustandekommt oder nicht [91]), ihre

[88]) Vgl. zu all dem auch besonders Klein, Anzeigepflicht, der schon früher ähnliche Gedanken äußerte, aber auf die Entwicklung unseres Problems keinen unmittelbaren Einfluß gewonnen hat.

[89]) Vgl. a. a. O. 4 c und Jahrb. f. Dogm. Bd. 70 S. 259.

[90]) Meist sind es Anzeige- und Erkundigungspflichten.

[91]) Was die Parteien im Stadium der Verhandlungen doch auch noch gar nicht wissen können.

schuldhafte Verletzung verpflichte nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 276, 286) zum Schadenersatz ohne Rücksicht darauf, ob die Verhandlungen zum Erfolge führen oder nicht. Und zwar verpflichte die schuldhafte Verletzung derartiger Pflichten nicht, wie das R.G. und Leonhard für ihre Fälle annähmen, zum Ersatze des Erfüllungsinteresses, sondern immer nur des negativen Vertragsinteresses [92]).

Als Haftungsmaßstab sei für die Fälle des Verschuldens beim Vertragsschluß, für die schuldhafte Verletzung vorvertraglicher Pflichten nicht einfach der des § 276 anzunehmen, sondern es sei wie folgt zu unterscheiden: Bei den vorvertraglichen Pflichten, die sich aus dem atypischen Vertrage ergeben, entscheide die Auslegung dieser Vertrages nach § 157 auch über den Haftungsmaßstab. Bei den unmittelbar auf Gesetz beruhenden Pflichten habe der für den gültigen Vertrag gesetzlich normierte besondere Haftungsmaßstab (z. B. § 521 B.G.B.) auch schon vor Vertragsschluß, auch schon für die Verletzung der vorvertraglichen Pflichten zu gelten [93]). Bei den Pflichten, die im Wege der analogen Ausdehnung der gesetzlichen Fälle gewonnen sind, sei der für die ausgedehnten Fälle bestimmte Maßstab anzuwenden [94]). Mit der Erkenntnis [95]), daß die Haftung für culpa in contrahendo in den gesetzlichen Fällen auf der Verletzung einer primären „vorvertraglichen" Rechtspflicht gerade gegenüber dem andern Teil beruht, hat Siber die vom Gesetze selbst offengelassene Frage, ob die Haftung für Verhalten während der V.V. in den gesetzlichen Einzelfällen als „vertragliche" oder als deliktische anzusehen sei, für die Fälle des schuldhaften Verhaltens im ersteren Sinne entschieden. Sodann hat er gezeigt, daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Jheringschen und den Leonhardschen Fällen eines Verschuldens während der V.V. auch hinsichtlich des Haftungsgrundes nicht besteht, sondern daß der Gesichtspunkt der vorvertraglichen Pflicht zur Begründung einer Haftung für jegliche Art von derartigem Verschulden geeignet ist und daß für das B.G.B. die Beantwortung der Frage, inwieweit man eine derartige Haftung über die gesetzlichen Fälle hinaus anerkennen könne [96]), einfach davon abhängt, inwieweit derartige Pflichten zwischen den Parteien beständen.

---

[92]) A. a. O. 4 d (S. 195).

[93]) Vgl. oben Leonhards Lehre.

[94]) a. a. O. 4 e.

[95]) gegen die ebenso wie gegen die folgende etwas Ernsthaftes nicht einzuwenden und die von allen künftigen Bearbeitern des Problems deshalb anerkannt worden ist. Vgl. Stoll, a. a. O. Sp. 537/543 Raiser a. a. O. S. 21, von Tuhr, Arch. f. Ziv. Prax. 121, 360.

[96]) Bei der Unmöglichkeit es auf Grund unerlaubter Handlung zu tun (vgl. oben) und der Tatsache, daß die gesetzlichen Fälle „vertragliche" Haftung darstellen.

Er selbst erkennt nun freilich das Bestehen solcher Pflichten und damit eine Haftung für Verschulden in contrahendo nicht allgemein, sondern ebenso wie das Gesetz selbst nur für eine Reihe von Einzelfällen an, deren Kreis allerdings gegenüber dem gesetzlichen erheblich erweitert ist. Dadurch unterscheidet er sich nicht nur von Leonhard und Jhering, sondern auch von der heutigen Behandlung unseres Problems.

6. Die jüngste Behandlung des Problems.

a) In der Theorie.

Die jüngste Entwicklung unseres Problems geht dahin, das Bestehen von Rechtspflichten zur Wahrnehmung der gegnerischen Interessen schon während der V.V. allgemein anzuerkennen.

Ihre Grundlage ist neben den oben dargelegten Siberschen Gedanken die Anschauung von Tuhrs[97]), daß nach B.G.B. zwischen den Parteien eines jeden abzuschließenden Vertrags schon im Stadium der Vertragsverhandlungen als Vorläufer des Vertrags ein Rechtsverhältnis bestehe. Das zeige sich darin, daß bei jeder Vertragsvorbereitung zwischen den Parteien gewisse rechtlich geregelte Beziehungen beständen, daß den Parteien eines jeden abzuschließenden Vertrags schon während der Verhandlungen gewisse Verpflichtungen oblägen und gewisse Rechte zuständen: Aus der Offerte entstehe die Bindung des Offerenten (§ 145 B.G.B.), dieser Bindung entspreche die Möglichkeit des Gegners, durch sein alleiniges Tun den Vertragsschluß herbeizuführen, also ein Gestaltungsrecht des Gegners[98]), aus der Bindung entstehe für den Offerenten weiter die Pflicht, das Zugehen einer rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung nicht zu hindern[99]), bei einer verspätet zugegangenen, aber erkennbar rechtzeitig abgesandten Annahmeerklärung treffe ihn die Anzeigepflicht aus § 149 B.G.B. und anderes mehr.

Die Beziehung dieser Anschauung zu den Einzelvorschriften, in denen das B.G.B. eine Haftung für Verschulden während der V.V. angeordnet hat, und ihre Bedeutung für deren theoretische Erklärung liegt auf der Hand. Das Wesentliche an diesen Vorschriften liegt doch — wie Siber nachgewiesen hat — darin, daß das Gesetz hier das Bestehen besonderer Rechtspflichten zwischen den Parteien schon während der V.V. anerkannt hat, daß hier „die Grenze zwischen den nur gesellschaftlichen und den rechtlichen Beziehungen unter den Parteien nicht erst der fertige Vertrag, sondern schon der Eintritt in die Vertragsverhandlungen

[97]) Allgemeiner Teil, Band II, S. 486 ff.
[98]) Vgl. dazu auch Oertmann, Kommentar, Anm. 3a zu § 145.
[99]) Vgl. R.G. Bd. 97 S. 336.
[100]) Siber, Jahrb. f. Dogm. 70. S.

bildet[100])." Wenn aber nun von Tuhr feststellt, daß nach dem B.G.B. bei jeder Vertragsvorbereitung bereits während der V.V. gewisse rechtlich geregelte Beziehungen, gewisse rechtliche Verpflichtungen und Bindungen zwischen den Parteien bestehen, so verlieren diese Bestimmungen ihre Besonderheit und erscheinen nun nicht mehr als etwas Singuläres, nicht mehr als eine Ausnahme von der Regel, daß besondere rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien erst mit dem Abschluß des Vertrags entstehen. Eine solche Regel gibt es vielmehr gar nicht, sondern es besteht schon während der Verhandlungen zu einem jeden Vertrag, gleichgültig ob Schuldvertrag oder dinglicher Vertrag[100a]), gleichgültig ob Verpflichtung oder Verfügung, eine gewisse rechtlich geregelte Beziehung, ein rechtlich geregeltes Verhältnis, ein „Rechtsverhältnis" zwischen den Parteien.

Die Tatsache, daß in den gesetzlichen Einzelvorschriften einer Haftung für culpa in contrahendo die Parteien schon während der V.V. einander in gewisser Weise verpflichtet sind, ist nun nicht aus der besondern konkreten Gestaltung dieser Einzelfälle zu erklären, sondern daraus, daß ganz allgemein bei jeder Vertragsvorbereitung, ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht, kraft dessen sie schon vor Vertragsschluß in bestimmter Weise einander verpflichtet sind, daraus, daß „die Parteien sich schon zu Beginn der Verhandlungen nicht mehr als ganz fremde Personen gegenüberstehen, für welche nur das Deliktsrecht gelten würde, sondern in ein Rechtsverhältnis eintreten, vermöge dessen sie gewisse Rücksichten aufeinander zu nehmen haben, insbesondere gewisse Tatsachen nicht verschweigen dürfen[101])."

Die gesetzlichen Einzelvorschriften sind nicht mehr — wie bei Siber — von Bedeutung wesentlich deshalb, weil sie den Parteien besondere rechtliche Verpflichtungen schon während der V.V. auferlegen, weil sie die Parteien während der V.V. zur Rücksichtnahme aufeinander verpflichten[102]), sondern deshalb, weil sie für bestimmte Fälle von Vertragsverhandlungen den Inhalt dieser Rücksichtnahme näher bestimmen, weil sie für bestimmte Fälle von Verhandlungen zeigen, wie, in welcher Weise die Parteien die gegnerischen Interessen zu wahren haben[103]), weil sie zeigen, welche konkrete Einzelpflichten aus dem „Rechtsverhältnis der V.V."[104]) entspringen können.

[100a]) Ueber die Frage der Bindung beim dinglichen Vertrag vgl. Oertmann Anm. 2 zu § 145.

[101]) von Tuhr, Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 360.

[102]) Das ist ja nun nichts Besonderes mehr, sondern bei jeder Vertragsvorbereitung der Fall.

[103]) z. B. durch Anzeige von Mängeln der Kaufsache, durch Erkundigung nach der Möglichkeit der zu versprechenden Leistung usw.

[104]) Ausdruck von Tuhrs.

Diese Beziehung zwischen den gesetzlichen Haftungsfällen für ein Verschulden in contrahendo und dem allgemeinen, bei jeder Vertragsvorbereitung entstehenden Rechtsverhältnis der V.V. hat bereits von Tuhr selbst erkannt, wenn er erklärt, es handle sich bei diesen Einzelvorschriften „nicht wie beim Delikt um einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, sondern um die Nichterfüllung einer Pflicht, welche allerdings nicht aus einem Vertrag hervorgeht, wohl aber aus dem durch die Vertragsverhandlungen begründeten Rechtsverhältnis“ [105]).

Dieses Rechtsverhältnis der V.V. macht es nun auch möglich, eine Haftung für subjektiv vorwerfbares Verhalten während der V.V. „allgemein“, das heißt für jedes derartige Verhalten, für das Treu und Glauben und das praktische Bedürfnis sie erfordern, anzuerkennen [105a]).

Es ist ja nun erwiesen, daß während der V.V. nicht nur der Verkäufer dem Käufer zur Anzeige von Mängeln, nicht nur jeder Kontrahent eines Schuldvertrags dem andern zur Erkundigung usw. verpflichtet ist, sondern daß jeder Vertragschließende mit dem Beginn der Verhandlungen zu dem andern in ein Rechtsverhältnis, in eine engere, in eine besondere rechtliche Beziehung eintritt, die ihn verpflichtet, schon während der Verhandlungen auf die Interessen des Gegners Rücksicht zu nehmen. Wie weit diese allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme im einzelnen geht, welches konkrete Verhalten sie im einzelnen erfordert, welchen Umfang und welche nähere inhaltliche Ausgestaltung sie im jeweiligen Falle annimmt, das läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern das muß in Anlehnung an die gesetzlichen Einzelvorschriften nach Treu und Glauben bestimmt werden [106]). Auf diese Weise, durch die Anwendung des den gesetzlichen Einzelvorschriften über culpa in contrahendo zugrunde liegenden allgemeinen Prinzips auf nicht geregelte Fälle eines Verhaltens während der V.V. [107]), ist es möglich, überall da, wo Treu und Glauben, wo der redliche Verkehr ein bestimmtes, die Interessen des Gegners beachtendes Verhalten während der V.V. erfordern, eine aus dem Rechtsverhältnis der V.V. erwachsende Rechtspflicht zu eben diesem Verhalten anzuerkennen.

[105]) Allgemeiner Teil, II. S. 490.

[105a]) Vgl. von Tuhr, Arch. f. Ziv. Prax., 121, 360 und vor allem Stoll, der die Brauchbarkeit des Rechtsverhältnisses der V.V. zur allgemeinen Anerkennung von Sorgfaltspflichten besonders betont hat: „Das Rechtsverhältnis der V.V. gibt eine Basis für alle Fälle“ der culpa in contrahendo, „bei seiner Auslegung kann die Eigenart des jeweiligen Tatbestandes Berücksichtigung finden“. Sp. 548 L. Z. 1923.

[106]) Vgl. Raiser, a. a. O. S. 29, von Tuhr, Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 360.

[107]) Ueber die Natur dieser Operation und ihre Verwandtschaft mit der analogen Rechtsanwendung, vgl. Schreiber, Jahrb. f. Dogm. Bd. 60, S. 167.

Für alle diese auf dem Rechtsverhältnis der V.V. beruhenden und aus ihm zu gewinnenden Pflichten zu einem bestimmten Verhalten während der V.V. gilt nun aber all das, was Siber bereits für einen Teil von ihnen [108]) geltend gemacht hat: sie sind nicht wie die aus den Deliktsnormen zu folgernden Pflichten — wie z. B. die Pflicht niemanden zu töten — allgemeiner Natur, bestehen nicht gegenüber jedem Rechtsgenossen, sondern sie sind besondere, gerade gegenüber dem anderen Kontrahenten bestehende Pflichten. Ihre Verletzung ist daher nicht als unerlaubte Handlung zu beurteilen, sondern ist „relatives Unrecht" [109]). Die Parteien haften daher grundsätzlich nach § 276 auch für jede Art von Fahrlässigkeit [110]). Und zwar verpflichtet die Verletzung einer derartigen Pflicht zum Schadenersatz ohne Rücksicht darauf, ob die Verhandlungen zum Erfolg führen oder nicht, ob der beabsichtigte Vertrag überhaupt zustandekommt oder nicht. Denn sie bestehen ja ohne Rücksicht auf den Vertrag einfach auf Grund des Rechtsverhältnisses der V.V. und sind daher auch ohne Rücksich auf ihn zu erfüllen.

Aus der Natur dieser Rechtspflichten als b e s o n d e r e r Pflichten und ihrer Verletzung als relativen Unrechts ergibt sich weiter, daß der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo nicht der spezifischen Verjährung des Deliktsrechts nach § 852 unterliegt und daß sich die Haftung für Verschulden Dritter bei den Vertragsverhandlungen nach § 278 richtet, da für die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht gegenüber einem bestimmten Gegner anerkanntermaßen nicht § 831, sondern § 278 gilt [111]).

Die Frage, worauf dieser Schadensersatzanspruch geht, ist nach dem Grundsatze des § 249 zu beantworten, der ja allgemein für den Inhalt einer jeden Schadensersatzverbindlichkeit maßgebend ist [112]). Danach ist der Zustand herzustellen, der ohne Verletzung der Pflicht bestände. Das führt [113]) grundsätzlich zur Haftung auf das negative Interesse.

So hat die neuere Theorie trotz der Unmöglichkeit, eine „allgemeine" Haftung für culpa in contrahendo für das BGB. auf unerlaubte Handlung zurückzuführen, schließlich doch noch einen

[108]) Nämlich die unmittelbar aus dem Gesetz zu folgernden. Vgl. auch Raiser S. 24.

[109]) Ausdruck von Tuhrs.

[110]) Vgl. von Tuhr, Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 360 und Allgemeiner Teil II, S. 490, Siber, a. a. O. 4 e. Zu der Frage, ob die besonderen Vorschriften, die den Haftungsmaßstab für bestimmte Verträge abweichend bestimmen (etwa §§ 521, 690), auch schon für die vorvertraglichen Pflichten gelten — wie Leonhard und auch Siber für die von ihnen anerkannten Rechtspflichten behaupteten — vgl. Raiser, S. 23 a. a. O.

[111]) Vgl. von Tuhr, Allgem. Teil II. 490, und Arch. f. Ziv. Prax. 121, 360.

[112]) Vgl. Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 249, Stoll, a. a. O. Sp. 546.

[113]) Wie insbesondere Stoll, a. a. O. Sp. 546 ausführt. Vgl. auch Levy, a. a. O., Oertmann, Anm. 7 c, vor § 145.

Weg gefunden, um eine derartige Haftung zu begründen: das Rechtsverhältnis der V.V. Immer dann rechtfertigt sich nach dieser Anschauung ein Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse aus einem Verhalten während der V.V., wenn sich dieses Verhalten darstellt als die schuldhafte Verletzung einer aus dem Rechtsverhältnis der V.V. erwachsenen besondern Rechtspflicht, durch ein bestimmtes Verhalten in contrahendo die Interessen des Gegners wahrzunehmen, und zwar gleichgültig, ob der Vertrag gültig zustandekommt oder nicht.

Dieser Standpunkt wird von allen denen vertreten, die sich in neuerer Zeit in Sonderarbeiten mit dem Problem befaßt haben[114]). Eine eingehend begründete andere Meinung wird nicht vertreten. Die Kommentatoren begnügen sich — soweit sie sich überhaupt bereits mit dieser Auffassung näher beschäftigen — meist damit, eine zweifelnde Stellung einzunehmen[115]). Eingehender befaßt sich mit der Begründung dieser allgemeinen Haftung aus dem Rechtsverhältnis der V.V. von ihnen nur Oertmann[116]), indem er rügt, daß die positivrechtliche Begründung solcher Haftung sehr schwach wäre, und indem er zwischen den einzelnen Fällen — Haftung beim gültig zustande gekommenen Vertrag, Haftung beim nichtigen Vertrag, Haftung beim nichtzustandegekommenen Vertrag — unterschieden haben will.

Dazu wäre zu sagen: gegen die Folgerung, daß schon während der V.V. allgemein rechtlich geregelte Beziehungen zwischen den Parteien bestehen, läßt sich wohl etwas Stichhaltiges nicht einwenden. Das zeigt die nach § 145 doch grundsätzlich eintretende Bindung und die Anzeigepflicht des § 149, beides rechtliche Beziehungen, die, — man mag sich zu den sonstigen Ausführungen von Tuhrs stellen wie man will — kraft Gesetzes bei jeder Vertragsvorbereitung zwischen den Parteien entstehen oder doch entstehen können. Auch dagegen, daß die Haftung in den gesetzlichen Einzelfällen einer culpa in contrahendo, auf die Verletzung einer primären Rechtspflicht zur Anzeige, Erkundigung usw. beruht, wird sich nichts Entscheidendes einwenden lassen. Was gegen die Lehre vom Rechtsverhältnis der V.V. eingewendet werden könnte, wäre m. E. eigentlich nur das, daß mit diesen gesetzlich geregelten Beziehungen während der V.V., mögen sie nun wie § 145 und § 149 bei allen Verträgen auftreten oder wie die §§ 307 usw. nur bei einzelnen Vertragstypen, der Kreis der rechtlichen Beziehungen der Parteien während der V.V. geschlossen sein soll und aus ihnen nicht ein allgemeines Prinzip

[114]) Das sind: von Tuhr, Allg. Teil II. S. 490, und insb. Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 359 ff., Stoll, L. Z. 1923, Sp. 532 ff., Heldrich, Verschulden beim Vertragsschluß (1923), Raiser, Arch. f. Ziv. Prax. 127, S. 1, ff.

[115]) Vgl. z. B. Staudinger, Anm. zu § 122 u. 5 zu § 155.

[116]) Anm. 7 vor § 145.

gefolgert werden dürfte, dahingehend, daß die Parteien schon während der V.V. ganz allgemein in Treu und Glauben entsprechender Weise aufeinander Rücksicht zu nehmen hätten; daß über sie hinaus Rechtspflichten zwischen den Parteien nicht anerkannt werden dürften. Dann müßte man aber auch konsequent sein und könnte höchstens zu der Siberschen Behandlung gelangen, nicht aber, wie Oertmann das selbst tut, eine allgemeine Haftung dann annehmen, wenn der Vertrag gültig zustandegekommen ist. Wie soll denn diese begründet werden? Trotz Siber immer noch auf den nachfolgenden gültigen Vertrag? Es scheint so, denn Oertmann verweist ausdrücklich auf seine Ausführungen in L. Z. 1914. Das ist aber eine logische Unmöglichkeit. — M. E. erfährt die Lehre vom Rechtsverhältnis der V.V. die nötige Rechtfertigung dadurch, daß die Anerkennung einer allgemeinen Haftung für Verschulden während der V.V. auch in den Fällen des nichtigen und nichtzustandegekommenen Vertrags ein praktisches Bedürfnis[117]) ist und daß zur Begründung dieser allgemeinen Haftung von allen Versuchen, die unternommen worden sind, der Gedanke des Rechtsverhältnisses der V.V. und der daraus entstehenden Pflichten der theoretisch brauchbarste ist, auch wenn schließlich ein klein wenig intuitive Rechtsfindung dabei ist. Ohne diese ist eine Fortbildung und Anpassung des Rechts an die praktischen Bedürfnisse des heutigen immer komplizierteren Verkehrs nicht möglich. Für den Rechtsgedanken des Rechtsverhältnisses der V.V. spricht m. E. vor allem auch seine Einfachheit und seine Elastizität, die es dem Richter ermöglicht, dem Grundsatz von Treu und Glauben[117a]) in weitgehendem Maße Genüge zu tun, und die Tatsache, daß er es ist, zu dem die wesentliche bisherige Entwicklung zielt. (Näheres vgl. weiter unten!)

Dieser Anschauung vom Bestehen eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien schon im Stadium der Vertrags-Verhandlungen hat sich heute, wie im folgenden zu zeigen sein wird, auch das R.G. und damit die Praxis nach und nach angeschlossen.

b) Die jüngste Behandlung durch das R.G.

Das R.G. hat, wie oben gezeigt, die Leonhardsche Behandlung unserer Frage völlig übernommen und damit die allgemeine Haftung für culpa in contrahendo auf die Fälle des nachfolgenden gültigen Vertrages beschränkt. Trotzdem hat es aber, noch während es grundsätzlich diesen Standpunkt vertrat, eine Haftung für

[117]) Wie Oertmann ja selbst anerkennt, wenn er sagt, daß für diese allgemeine Haftung eine Reihe von beachtenswerten rechtspolitischen Gründen sich anführen ließe.

[117a]) Der in der Rechtsprechung immer mehr herrschend wird, vgl. speziell etwa die Entscheidungen des R.G. zu unserer Frage.

Verschulden während der V.V. auch beim nicht zustandegekommenen Vertrag für gewisse, gesetzlich nicht geregelte Fälle anerkannt — meist allerdings ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen, vielleicht auch, ohne sich darüber klar zu sein, daß es hier eine derartige Haftung ausspreche. Wiederholt haben ihm nämlich Fälle zur Entscheidung vorgelegen, die dem folgenden ähnlich sind: [118])

Eine Dame begibt sich in ein Warenhaus zum Linoleumlager, um sich einen Linoleum-Teppich zu kaufen. Der Ladengehilfe zeigt verschiedene Muster und stellt einige nicht gefallende Sorten, große Linoleumrollen, auf die Seite und zwar aufrecht. Diese Rollen fallen um und verletzen die Kundin nicht unerheblich. Ein Kaufvertrag kommt nicht mehr zustande.

Natürlich haftet in diesen Fällen der Angestellte aus unerlaubter Handlung; die Dame verklagt aber den Inhaber des Warenhauses auf Schadensersatz. Haftet dieser nun aus § 831 oder § 278? Hier wird nun wichtig, um welche Art von Verschulden es sich handelt, und hier zeigt es sich bei näherem Zusehen: es handelt sich doch darum, daß jemand haftbar gemacht werden soll für ein Verschulden, das begangen wurde, während zwischen ihm und dem Geschädigten ein Vertrag ihm Werden war, daß es sich um Einstehen für ein Verschulden während der V.V. handelt [119]) — die allerdings nicht von dem haftbar zu Machenden persönlich, sondern von seinem Vertreter geführt worden sind. Und zwar um Einstehen für ein Verschulden während der V.V., das verglichen mit den Leonhardschen und den Jheringschen Fällen eines derartigen Verschuldens sich von jenen dadurch unterscheidet, daß der beabsichtigte Vertrag nicht zustandekommt, von diesen aber dadurch, daß es einen Schaden des Gegners nicht erst dadurch herbeiführt, daß es die Nichtigkeit oder das Nichtzustandekommen des Vertrages nach sich zieht, sondern unmittelbar, ohne Rücksicht auf den Erfolg der Verhandlungen schädigend wirkt.

Für eine Reihe von Fällen eines derartigen Verschuldens während der V.V. hat das R.G. nun eine Haftung gegeben — zumeist aber eben ohne auszusprechen, vielleicht auch ohne sich dessen bewußt zu sein, daß es sich dabei um Haftung für culpa in contrahendo beim nicht zustandegekommenen Vertrag handelt [120]).

[118]) R.G. Bd. 78, S. 239.

[119]) Das hat besonders Stoll, a. a. O. Sp. 535, erkannt. Er hat auch zuerst die Abgrenzung dieser Art des Verschuldens der V.V. gegenüber den Leonhard- und Jhering-Fällen vorgenommen. Vgl. auch Siber, a. a. O., der gerade diese Fälle mit Hilfe des atypischen Vertrags zu lösen versucht.

[120]) Vgl. R.G. Bd. 65, S. 18 Bd. 85, S. 185. J. W. 1911 S. 360, Recht 1923 Nr. 18.

Die Begründung dieser von ihm als billig empfundeen Haftung hat meistens viel Aehnlichkeit mit Sibers atypischem Vertrag. Auch das RG. stellt nämlich zumeist auf einen schon im Stadium der V.V. bestehenden fertigen Vertrag zwischen den Parteien ab, dem gewisse Verpflichtungen zur Erhaltung von Gesundheit und Vermögen des Gegners entsprängen, deren schuldhafte Verletzung zum Schadensersatz verpflichte[121]). So läßt es z. B. in RG. Bd. 85, S. 185[122]) einen Vertrag zwischen Wirt und Gast schon mit dessen Eintritt in das Lokal, in der Absicht dort zu speisen, entstehen. Der Wirt haftet daraus für die Sicherheit der Lokalitäten, aber nur soweit sie bestimmungsgemäß gebraucht werden[123]). Oder es leitet den die Haftung begründenden Vertrag aus einem lange bestehenden Geschäftsverhältnis her[124]). Wenn sich jedoch auch beim besten Willen, die Haftung anzuerkennen, ein Vertrag zwischen den Parteien während der V.V. nicht feststellen läßt, lehnt das Reichsgericht die Haftung ab[125]).

Nur in der Entscheidung Bd. 78, S. 239[126]) weicht es von dieser Begründung ab und rechtfertigt die Haftung durch folgende Darlegungen:

Der Ladengehilfe war in Vertretung der Beklagten — Warenhaus — (§ 164 BGB., § 54 HGB.) — in Kaufverhandlungen mit der Klägerin getreten. Die Klägerin hatte um Vorlegung des Linoleumteppichs ersucht, den sie ansehen und kaufen wollte. Dem Ersuchen ist der Gehilfe nachgekommen. Der Antrag auf Vorlegung des Teppichs und die Annahme des Antrags bezweckten die Hervorbringung eines Kaufes, also eines rechtsgeschäftlichen Erfolges. Dies war kein bloß tatsächlicher Vorgang, wie ihn etwa eine reine Gefälligkeitshandlung darstellen würde, sondern es entstand ein den Kauf vorbereitendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, das einen vertragsähnlichen Charakter trägt und insoferne rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten erzeugt hat, als dem Verkäufer wie dem Kauflustigen die Pflicht erwuchs, bei der Vorlegung und Besichtigung der Ware die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des andern Teils zu beobachten. Die Beklagte hat sich des Gehilfen zur Erfüllung der bezeichneten Verbindlichkeit dem Kauflustigen gegenüber bedient, ist daher nach § 278 für sein Verschulden verantwortlich.

Hier stützt das RG. die Haftung also auf den Gedanken eines besondere Rechtspflichten zwischen den Parteien begründenden

[121]) Vgl. Stoll, a. a. O. Sp. 539.
[122]) Vgl. J. W. 1911, S. 360.
[123]) Vgl. zu diesem Punkte R.G. 87, 128.
[124]) Vgl. J. W. 1910, 243.
[125]) Vgl. Warn. 1910, III. Nr. 169, 1908 I Nr. 293, J. W. 1913, S. 23.
[126]) Dem eingangs wiedergegebenen Linoleumfall.

Rechtsverhältnisses während der V.V. Hier erscheint also zum ersten Mal in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung der Gedanke des Rechtsverhältnisses der V.V., allerdings noch ganz singulär angewandt, noch ohne die Erkenntnis, daß so etwas ganz allgemein bei jeder Vertragsvorbereitung entsteht und noch ohne die Erkenntnis der Beziehung dieses Gedankens zu dem Problem der Haftung für culpa in contrahendo überhaupt [127]), also gewissermaßen in statu nascendi.

In diesen Fällen hat, wie gesagt, das R.G. die Haftung gegeben, zumeist ohne den Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zu erwähnen, also ohne grundsätzlich den Leonhardschen Standpunkt zu verlassen. Den grundsätzlichen Bruch mit dieser Lehre stellt erst die Entscheidung Bd. 104, S. 265 ff. dar [128]). Von dieser Entscheidung an betont das Reichsgericht in ununterbrochener und widerspruchsloser Entwicklung immer wieder, daß für culpa in contrahendo auch dann über die gesetzlich bestimmten Fälle hinaus gehaftet werde, wenn der beabsichtigte Vertrag nicht oder nicht rechtsgültig zustande kommt [129]).

Eine ausreichende Begründung dieses Standpunkts fehlt allerdings in Entscheidung Bd. 104, S. 265 ff. noch. Das R.G. begnügt sich damit, die von ihm gegebene Haftung darauf zu stützen, daß Billigkeit und Rücksicht auf die Verkehrssicherheit es rechtfertigen, die in den §§ 122, 179, 307, 309 gegebenen „Grundsätze auf ähnliche Fälle" auszudehnen [130]). Die folgenden Entscheidungen bringen auch diese.

In ihnen nimmt das R.G. nämlich den in Entscheidung Bd. 78, S. 239 noch ganz vereinzelt verwendeten Gedanken des „vorbereitenden Rechtsverhältnisses" wieder auf und verwendet ihn mehr und mehr ganz allgemein zur Begründung jeglicher Haftung für ein Verschulden während der V.V.

Offensichtlich beeinflußt von den Gedankengängen von Tuhrs [131]) und Stolls [132]) stützt es heute nicht nur die von ihm in ständiger Rechtsprechung bereits anerkannten vorvertraglichen Sorgfalts-

[127]) Dasselbe ist von Fischbach zu sagen, der im Anschluß an das R.G. in Arch. f. bürg. Recht Bd. 41, S. 160 diese „vorbereitenden Rechtsverhältnisse" näher untersucht. Auch er erkennt die Beziehung dieses Gedankens zum Problem der culpa in contrahendo nicht und hat deshalb auch keinen weiteren Einfluß auf die Entwicklung dieses Problems gehabt.

[128]) Vgl. J. W. 1922, S. 1313.

[129]) Vgl. R.G. Bd. 106, Seite 73, 107, S. 240, 362 Bd. 114, S. 159, J. W. 1927 S. 362 u. 1086, R.G. III, Urteile vom 13. 3. 1925 und vom 5. Dezember 1924. (Sörgel 1925 zu § 276.)

[130]) Was Oertmann in seiner Besprechung dieser Entscheidung Arch. f. ziv. Prax. Bd. 121, S. 122 ff. zum Vorwurf der „Freirechtlerei" veranlaßte.

[131]) Vgl. Bd. 107, S. 242.

[132]) Vgl. Bd. 107, S. 362.

pflichten darauf, daß „der Vertragsantrag infolge der Bindung zwischen den Parteien ein gegenseitiges vertragsähnliches Vertrauensverhältnis" auslöse, auf ein durch die Vertragsverhandlungen als solche begründetes Rechtsverhältnis, sondern es verwendet diesen Gedanken auch zur Herausbildung neuer einzelner Sorgfaltspflichten [133]).

Auch hinsichtlich Inhalt und Umfang der Haftung für culpa in contrahendo hat der Standpunkt des Reichsgerichts sich geändert. In der Entscheidung Bd. 103, S. 47 wird die Ansicht, daß aus Verschulden in contrahendo auf das Erfüllungsinteresse gehaftet werde [134]), aufgegeben und ausgesprochen, daß sich „Art und Umfang der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß nach dem allgemeinen Grundsatz des § 249 bestimme". Dies führe regelmäßig dazu, „daß dem Ersatzberechtigten das sogenannte negative Vertragsinteresse zugebilligt werde. Nur wenn der Geschädigte nachweist, daß es ihm bei Mitteilung der wirklichen Sachlage [135]) gelungen wäre, den Vertrag unter entsprechend günstigen Bedingungen zu schließen, mag auch das positive Erfüllungsinteresse beansprucht werden." Auf diesem Standpunkt steht das R.G. bis heute [136]).

Abweichend von einigen ältern Erkenntnissen [137]) steht das R.G. heute auch fest auf dem — wie wir gesehen haben, der Begründung der Haftung auf das Rechtsverhältnis der V.V. entsprechenden — Standpunkt, daß das Verschulden Dritter bei den Vertragsverhandlungen nach § 278, nicht nach § 831 zu behandeln ist [138]).

In einer der jüngsten, unser Problem behandelnden Entscheidungen [139]) hat das R.G. diese, seine Stellung zu der Frage der Haftung für culpa in contrahendo dahin zusammengefaßt, daß es sagt:

Schon bloße Vertragsverhandlungen bringen, selbst dann, wenn sie nicht zum Vertragsschluß führen, ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zur Entstehung, das die Beteiligten zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt schon während der Verhandlungen verpflichtet. Jede schuldhafte — fahrlässige

[133]) Vgl. R.G. 114, S. 159 und J. W. 1928, S. 1285.

[134]) Die in der Entscheidung, Bd. 97, S. 339 ff. selbst für den Fall eines nicht zustandegekommenen Vertrags vertreten worden war.

[135]) Also allgemeiner ausgedrückt: bei Erfüllung der vorvertraglichen Sorgfaltspflicht.

[136]) Vgl. J. W. 1928, S. 1285.

[137]) Vgl. Bd. 47, S. 28, Bd. 61, S. 213.

[138]) Vgl. Bd. 78, S. 239, Bd. 103, S. 50, Bd. 107, S. 243, J. W. 1927, S. 1086. Für die Frage, ob der Vertreter auch selbst für seine culpa in contrahendo hafte, vgl. R.G. in J. W. 1928, S. 1285 u. Stoll, ebenda, sowie Raiser J. W. 1928, S. 2636. Vgl. auch J. W. 1928, S. 1740 u. 2975 (Anwendung dieses Grundsatzes im Versicherungsrecht).

[139]) Vgl. J. W. 1928, S. 1285.

genau so wie vorsätzliche — Verletzung dieser Sorgfaltspflicht verpflichtet zum Schadensersatz und zwar regelmäßig in Höhe des negativen Interesses.

Damit haben die Grundgedanken Sibers, von Tuhrs und Stolls in das praktische Rechtsleben Eingang gefunden und haben die Rechtsentwicklung in ihrem Sinne gestaltet. Es ist heute deshalb — zum mindesten in der Praxis — „eine ausgemachte Sache", daß für culpa in contrahendo gehaftet wird[140]) und zwar sowohl beim gültigen als auch beim nicht zustandegekommenen Vertrag, es ist heute — wenigstens in der Praxis — „anerkanntes Recht, daß im Stadium der V.V. ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem Unterlassungs- und Aufklärungspflichten hervorgehen"[141]).

7. Die Stellung der §§ 122 u. 179 zu dem Rechtsverhältnis der V.V.

Nach dem bis jetzt Dargelegten ist also die ratio der Einzelvorschriften, in denen das Gesetz eine Haftung für schuldhaftes Verhalten während der V.V. angeordnet hat, in dem Rechtsverhältnis der V.V. zu suchen. Nun ist der Versuch gemacht worden, nachzuweisen, daß auch die §§ 122 und 179 auf diesem Gedanken beruhen, daß zwischen der Haftung, die das Gesetz in diesen Vorschriften angeordnet hat, und der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß eine Verwandtschaft nicht nur insoferne besteht, als es sich auch hier um Haftung für ein Verhalten während der V.V. handelt, sondern daß, obgleich ein Verschulden in diesen Vorschriften nicht Voraussetzung der Haftung ist, deren ratio doch auch darin zu suchen sei, daß zwischen den Parteien eines jeden abzuschließenden Vertrags schon während der Verhandlungen ein Rechtsverhältnis, eine spezielle rechtlich geregelte Beziehung besteht.

So nimmt Stoll[142]) an, die Schadensersatzpflicht der §§ 122, 179 beruhe darauf, daß auch hier eine primäre vorvertragliche Verpflichtung, nämlich eine „Sorgfaltspflicht bei der Abgabe der Erklärung" bestehe, die auf dem Rechtsverhältnis der V.V. erwachsen sei, daß aber hier nicht, wie das regelmäßig der Fall sei, nur die schuldhafte, nur die subjektive vorwerfbare Verletzung der vorvertraglichen Pflicht, sondern schon ihre objektive Verletzung zur Begründung der sekundären Schadensersatzpflicht genüge[143]). Danach bestände also z. B. nach § 122 für den Erklärenden die auf dem R.V. der V.V. beruhende Pflicht, bei Abgabe einer Willenserklärung sorgfältig darauf zu achten, daß

[140]) So der R.G. Räte-Kommentar, 6. Auflage zu § 276.
[141]) So Stoll, in J. W. 1928, S. 1285.
[142]) Stoll, a. a. O. Sp. 537 ff.
[143]) a. a. O. Sp. 545.

der objektive Sinn seiner Erklärung sich mit seinem subjektiven Willen decke. Wenn der Erklärende diese Pflicht verletzt habe, so treffe ihn eine Schadensersatzpflicht, gleichgültig, ob er schuldhaft gehandelt habe oder nicht. — Wenn das richtig wäre, so müßte die Folge sein, daß der Irrende, der sorgfältig gehandelt und trotzdem geirrt hat, haftungsfrei wäre. Denn er hat ja doch das getan, was er tun mußte, er hat sorgfältig gehandelt, von einer Nichterfüllung der ihn primär treffenden Pflicht kann keine Rede sein. In Wirklichkeit haftet er aber nach § 122 auch dann, wenn er noch so sorgfältig verfahren ist, wenn er nicht nur die im Verkehr erforderliche, sondern sogar alle überhaupt mögliche Sorgfalt bei Abgabe seiner Erklärung aufgewendet hat. Was für diesen Fall des § 122 gilt, gilt auch für die übrigen und für den § 179, denn die Unmöglichkeit, die Haftung dieser Vorschriften mit einer rein objektiven Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Abgabe der Erklärung zu deuten, hat einen allgemeinen Grund: eine derartige objektive Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Abgabe der Erklärung ist überhaupt nicht denkbar: Wenn ich es nämlich jemandem zur Pflicht mache, bei der Vornahme einer gewissen Handlung, z. B. bei der Abgabe einer Willenserklärung, sorgfältig zu verfahren, so mache ich ihm doch eine bestimmte Anspannung seiner geistigen Kräfte, seiner Aufmerksamkeit, ein bestimmtes psychisches, ein bestimmtes inneres Verhalten zur Pflicht. Und wenn ich feststelle, daß jemand eine derartige Sorgfaltspflicht bei Abgabe einer Willenserklärung verletzt hat, so bedeutet das doch immer, daß mir sein psychisches, sein inneres Verhalten nicht einwandfrei erscheint, daß ihn s u b j e k t i v ein Vorwurf trifft, daß er also „schuldhaft" gehandelt hat.

Aber auch wenn man unter „Sorgfaltspflicht" mit Leonhard zunächst nur eine Pflicht zu einem bestimmten objektiven, einem bestimmten äußern Verhalten verstünde, ist es nicht möglich, die Haftung der §§ 122, 179 damit zu erklären, daß eine primäre, auf dem Rechtsverhältnis der V.V. beruhende Rechtspflicht objektiv verletzt sei. So wenn man z. B. mit Raiser [144]) eine Erkundigungspflicht aus dem § 179 ableiten wollte. Denn wenn ich jemanden zur Erkundigung nach einer Tatsache verpflichte, dann kann ich von ihm doch überhaupt nur verlangen, daß er mit peinlichster Gewissenhaftigkeit, unter Aufwendung aller nur möglichen — subjektiven — Sorgfalt alles nur objektiv Mögliche vornimmt, um sich über den fraglichen Tatbestand Gewißheit zu verschaffen. Hat er aber so gehandelt und ist er trotzdem zu einem falschen Ergebnis gekommen [145]), so kann von einer Verletzung seiner

[144]) a. a. O. S. 30.

[145]) Ob das praktisch sehr häufig sein wird, sei dahingestellt, jedenfalls ist es theoretisch denkbar und um die theoretische Erklärung der §§ 122, 179 handelt es sich hier.

Pflicht nicht mehr die Rede sein, er hat ja auch objektiv restlos das getan, was er hat tun sollen, er hat sich erkundigt. Eine derartige Person müßte also haftungsfrei ausgehen. In Wirklichkeit haftet sie nach § 179 trotzdem. Und was für § 179 gilt, gilt auch für § 122, denn der einzige gangbare Weg, die Haftung der §§ 122 und 179 als Folge der objektiven Verletzung von primären Rechtspflichten zu erklären, besteht darin, daß man aus ihnen Unterlassungspflichten folgert, daß man annimmt, sie bestimmten primär z. B.: Du darfst keine Erklärung abgeben, die objektiv etwas anderes aussagt, als du subjektiv meinst. Du darfst keinen Vertrag als Vertreter ohne Vertretungsmacht schließen. Wenn du das trotzdem tust, so wirst du schadensersatzpflichtig, gleichgültig, ob dich ein Verschulden trifft oder nicht, gleichgültig, ob du den Mangel in deiner Erklärung oder in deiner Vertretungsmacht kanntest oder kennen konntest oder nicht.

Damit ließe sich vielleicht noch die Haftung der §§ 118/122 erklären; daß es aber nicht der Sinn der übrigen Fälle des § 122 und der des § 179 sein kann, liegt auf der Hand. Das Gesetz würde ja etwas Unmögliches verlangen, wenn es von Menschen, noch dazu von solchen, die mitten im rechtsgeschäftlichen Verkehr stehen, verlangen wollte, sie dürften sich nicht irren, es würde den Bedürfnissen des heutigen, rasche Entschlüsse und rasches Zugreifen erfordernden Verkehrs in keiner Weise gerecht werden, wenn es die Vertretung ohne Vertretungsmacht nicht zulassen wollte. — Es ist dies aber auch nicht der Sinn jener Vorschriften. Die Abgabe einer irrtümlichen Erklärung, das Auftreten als Vertreter ohne Vertretungsmacht ist nicht durch das Gesetz verboten, ist nicht etwas Unerlaubtes, nicht etwas Rechtswidriges. Das zeigt, um nur auf das Nächstliegende hinzuweisen, die endgültige Wirksamkeit der mangelhaften Erklärung, wenn sie so verstanden wird wie sie gemeint war, das zeigt ihre endgültige Wirksamkeit, wenn der Irrende sie in ihrem objektiven Sinne gegen sich gelten läßt, wenn er nicht anficht, das zeigt die Möglichkeit, daß das Geschäft des Vertreters ohne Vertretungsmacht durch Genehmigung des Vertretenen von Anfang an gültig werden kann, das zeigt die Anerkennung eines — auch rechtsgeschäftlichen — Auftretens für einen andern ohne dessen ausdrücklichen Auftrag in den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 ff BGB).

Aber selbst wenn man annehmen wollte, die §§ 122 und 179 hätten primär diesen Sinn, so würde es doch nicht gelingen, eine Verwandtschaft dieser Vorschriften mit den Fällen der culpa in contrahendo nachzuweisen. Denn die Haftung für Verschulden während der V.V. beruht doch auf Verletzung einer aus einer besondern Rechtsbeziehung, aus dem Rechtsverhältnis der V.V.

erwachsenen Pflicht, auf Verletzung von Pflichten gegenüber einer bestimmten Person. Als solche könnten aber die aus den §§ 122 und 179 zu folgernden Unterlassungspflichten m. E. nicht mehr angesprochen werden. Diese hätten vielmehr den Charakter von allgemeinen Verboten, ein Verstoß gegen sie müßte als unerlaubte Handlung beurteilt werden, er wäre nicht eine Pflichtwidrigkeit, sondern etwas Rechtswidriges, nicht „relatives", sondern absolutes Unrecht.

Auch der Versuch Raisers [146]), die Verwandtschaft der Haftung der §§ 122, 179 mit den Fällen der Haftung für schuldhaftes Verhalten in contrahendo auch hinsichtlich des Rechtsgrundes darzutun, ist m. E. mißlungen.

Er weist zunächst nach, daß die Haftung des § 122 auf dem Prinzip der Gefahrenverteilung beruht, auf dem Gedanken, daß „für Unfälle, Unstimmigkeiten Fehler", derjenige haften soll, „in dessen Einwirkungssphäre sie sich ereignet oder ergeben haben", daß das Risiko derjenige tragen soll, der es ganz oder teilweise in der Hand hat [147]).

Nun habe aber — so folgert er weiter — Max Rümelin [148]) allgemein gezeigt, daß dieser Gedanke der Gefahrenverteilung verwandt werden könne nur zur Erklärung derjenigen Fälle einer gesetzlichen Schadensersatzpflicht ohne Verschulden, in denen „die einzelnen Sonderverbindungen [149]) ihrer Interessen eingegangen", in denen „sie in spezielle Beziehungen zueinander getreten sind". Da nun die Haftung des § 122 sich mit diesem Prinzip der Gefahrenteilung erklären lasse, so folge daraus, daß auch in den Fällen des § 122 die Parteien eine Sonderverbindung eingegangen seien, daß sie in eine spezielle rechtliche Beziehung, in ein Rechtsverhältnis eingetreten seien. Die Fälle des § 122 und 179 seien demnach l e d i g l i c h „aus derselben Quelle gespeist" wie die Fälle der Haftung für culpa in contrahendo, nämlich „aus dem Charakter des Tatbestandes als einer Sonderverbindung, eines Rechtsverhältnisses" [150]). Obwohl es sich also bei den Fällen der culpa in contrahendo um eine Haftung für Verschulden, bei § 122 und § 179 um eine solche ohne Verschulden handle, bestehe eine innere Gleichartigkeit zwischen den beiden Fällen, sie seien zwei Erscheinungsformen ein und desselben Prinzips, nämlich desjenigen, daß die Parteien schon mit Beginn der Verhandlung in ein Rechtsverhältnis zueinander treten, kraft dessen sie auf-

---

[146]) Der den Stollschen Versuch ablehnt mit den Worten: „Wir bezweifeln, ob es gerade im Bereich der Sonderverbindung so etwas wie objektive Rechtswidrigkeit gibt". a. a. O. S. 28.

[147]) a. a. O. Seite 26/27.

[148]) Schadensersatz ohne Verschulden (1910) S. 42 ff.

[149]) Ausdruck Stammlers.

[150]) a. a. O. S. 29.

einander Rücksicht zu nehmen haben. Der Ausschluß der §§ 122 und 179 aus dem Bereich der Schadensersatzfälle für culpa in contrahendo [151]) beruhe auf einer Verkennung der Bedeutung des Schulderfordernisses [152]).

Dazu ist zu sagen: Die Zurückführung des § 122 auf das Prinzip der Gefahrenverteilung hat schon vor Raiser Oertmann vorgenommen [152]). Diese Erklärung der Haftung des § 122 erscheint auch brauchbar und ungezwungen. Die Darlegungen Raisers überzeugen, es geht alles auf. Man kann ihn also insoweit gelten lassen. Nun beweisen aber m. E. die angezogenen Ausführungen Oertmanns, daß dieser Gedanke auch verwendet werden kann zur Erklärung solcher gesetzlicher Haftungsfälle ohne Verschulden, in denen die Parteien — zweifellos — keine Sonderverbindung ihrer Interessen eingegangen haben, in denen sie in keine spezielle Beziehung zueinander getreten sind, daß dieser Gedanke ebenso ungezwungen wie zur Erklärung des § 122 auch zur Erklärung von Fällen reiner Deliktshaftung, wie z. B. des § 833, verwendet werden kann, so daß aus der Tatsache, daß § 122 auf diesem Gedanken beruht, sich keineswegs ein zwingender Schluß dahin ziehen läßt, die Haftung dieser Vorschrift habe ihren letzten Grund darin, daß zwischen den Parteien bereits während der V.V. ein Rechtsverhältnis bestehe.

Dasselbe gilt für den § 179. Bei ihm ist aber schon das zweifelhaft, ob er überhaupt auf dem Gedanken der Gefahrenverteilung, der Verantwortung für den eigenen Geschäftskreis beruht [154]).

Die herrschende Meinung ist das jedenfalls nicht, Raiser selbst hat es unterlassen, es nachzuweisen. Wenn es aber schon an dieser Voraussetzung fehlt, dann ist Raisers Beweisführung von vornherein hinfällig.

So glaube ich, daß auch Raisers Versuch, die § 122 und 179 auf das Rechtsverhältnis der V.V. zurückzuführen, mißlungen ist. M. E. dürfte das wohl überhaupt nicht möglich sein [155]). Das Abgehen vom Verschuldenserfordernis in den §§ 122 und 179 bedingt

---

[151]) wie er z. B. von von Tuhr, Allgemeiner Teil, II. S. 489, Anm. 199 und Siber, a. a. O. I. 4 a vorgenommen wird.

[152]) a. a. O. S. 26.

[153]) Vgl. Recht 1922, Sp. 5 ff. und Kommentar Anm. 6 zu § 122. Er redet zwar nicht vom Prinzip der Gefahrenverteilung, sondern von der „Verantwortung für den eigenen Geschäftskreis". Daß er aber sachlich dasselbe meint wie Raiser, ist ganz unverkennbar. Man vergleiche z. B. seine Ausführungen in Recht, Sp. 5 u. 11, wo sich die auch bei Raiser u. Rümelin vorkommenden Ausdrücke „Einwirkungssphäre, Einwirkungsbereich" finden.

[154]) Vgl. darüber z. B. Oertmann, Anm. 4 zu § 179.

[155]) Vgl. dazu die Bemerkung Oertmanns, Kommentar Anm. 6 zu § 122: „Mit Verschulden bei Vertragsverhandlungen hat das" — dem Rechtsgrunde nach, meint er wohl — „schwerlich etwas zu tun".

— der ratio, dem Rechtsgrunde nach — eben doch eine grundsätzliche Verschiedenheit dieser Fälle einer Haftung für Verhalten während der V.V. von denen der Haftung für Verschulden während der V.V. So brauchbar daher die Erweiterung der Problemstellung von der „Haftung für culpa in contrahendo" zur „Haftung für Verhalten während der V.V." war[156]), daß eine Gleichartigkeit auch der ratio zwischen den §§ 122 und 179 und den Fällen der culpa in contrahendo bestehe, daß auch die Vorschriften, in denen das BGB. für nichtschuldhaftes Verhalten während der V.V. haften läßt, auf dem Rechtsverhältnis der V.V. beruhen, wird sich nicht nachweisen lassen. Der naheliegendste und dem Wesen des Rechtsverhältnisses der V.V. entsprechendste Gedankengang, der Stollsche, erweist sich jedenfalls als unhaltbar, und Gedankengänge wie der Raisersche haben, auch wenn man ihre sonstige Unrichtigkeit außer acht läßt, den Charakter des Gezwungenen, des Weithergeholten an sich und werden daher wenig Anklang finden.

Praktischen Wert dürfte ein derartiger Nachweis, daß nicht nur den gesetzlichen Vorschriften einer Haftung für Verschulden während der V.V., sondern allgemein denen einer Haftung aus Verhalten während der V.V. „ein latentes Prinzip unseres bürgerlichen Rechtes" zugrunde liege, übrigens kaum haben. Denn es bleibt doch, auch wenn ein solcher Nachweis geführt werden könnte, infolge der Verschiedenheit der gesetzlichen Regelung immer noch die Frage offen, ob dann grundsätzlich für schuldhaftes Verhalten oder grundsätzlich für schuldloses Verhalten in contrahendo gehaftet werde. Und das könnte, wie Stoll richtig bemerkt[157]), nur im Sinne des im BGB. als Ganzen herrschenden Verschuldensprinzips entschieden werden, so daß für nichtschuldhaftes Verhalten während der V.V. nur ausnahmsweise gehaftet würde. Und dann könnte es sich nur darum handeln, ob die §§ 122 und 179 der einfachen analogen Ausdehnung fähig wären. Dazu aber, zu ihrer einfachen analogen Ausdehnung, zur bloßen „Gesetzesanalogie", ist es nicht nötig, zu beweisen, daß sie als Ausfluß eines allgemeinen Prinzips erscheinen[158]).

So glaube ich also, daß es auch theoretisch durchaus begründet ist, wenn von Tuhr und Siber die §§ 122 und 179 aus ihren Erörterungen über die Rechtsgrundlage der gesetzlichen Fälle

[156]) durch Stoll. Bietet sie doch allein den passenden Rahmen für die gemeinrechtliche Behandlung (Veranlassungstheorie!) und für die Vorschriften des BGB. (§ 122, 179!).

[157]) a. a. O. S. 546.

[158]) Ihre analoge Ausdehnung wird daher heute auch bereits ohne diesen Nachweis vorgenommen, insbesondere für § 179. Vgl. Oertmann, Anm. 7, vor § 145 und Anm. 5, bes. b und c zu § 179, Leßgus, Arch. f. Ziv. Prax. 126, S. 27 ff. Vgl. auch Stoll, a. a. O. S. 545: „auch Ausnahmevorschriften sind der Analogie fähig".

einer Haftung für Verschulden während der V.V. ausschließen, und wenn die heute herrschende Behandlung der Frage einer Haftung für Verhalten in contrahendo dahin geht, daß eine allgemeine Haftung nur für schuldhaftes derartiges Verhalten anerkannt wird, während eine Haftung für schuldloses Verhalten auf die gesetzlichen Fälle und deren einfache analoge Ausdehnung beschränkt bleibt [159]).

8. Die Voraussetzungen der Entstehung des Rechtsverhältnisses der Vertragsverhandlungen.

Es ist heute anerkanntes Recht, daß schon im Stadium der V.V. ein Rechtsverhältnis unter den Parteien besteht, kraft dessen sie verpflichtet sind, schon in diesem Zeitpunkt in Treu und Glauben entsprechender Weise aufeinander Rücksicht zu nehmen. Welches sind aber nun die Voraussetzungen der Entstehung dieses Rechtsverhältnisses, was muß gegeben sein, damit diese spezielle rechtliche Beziehung unter den verhandelnden Parteien zur Entstehung gelangt?

In der Literatur ist diese Frage noch kaum eingehender behandelt. Siber gibt, wie bereits oben dargelegt, als Voraussetzung der Entstehung der von ihm aus dem Gesetz gefolgerten Pflichten an, daß sich die Parteien in Vertragsverhandlungen eingelassen haben müßten [160]); von Tuhr, der Urheber des Gedankens des Rechtsverhältnisses der V.V. begnügt sich damit, den „Beginn der Verhandlungen [161])" maßgebend sein zu lassen; Stoll läßt [162]) das Rechtsverhältnis der V.V. durch die Aufforderung zum Eintritt in die V.V. oder durch die Offerte entstehen und bezeichnet beide Handlungen als einseitiges Rechtsgeschäft. Dagegen hat Heldrich [163]) geltend gemacht, daß die meisten der gesetzlichen vorvertraglichen Pflichten, besonders aber alle Erkundigungspflichten, erfüllt werden und darum auch bestehen müßten, schon ehe man den Gegner zum Eintritt in die V.V. auffordert, schon ehe man ihm einen Vertragsschluß anbietet. Er läßt daher die Pflichten entstehen in dem Augenblick, in dem man „sich

[159]) Im Ergebnis kommt ja auch Stoll zu diesem Ende und auch Raiser findet für die von ihm speziell untersuchten Dissensfälle, daß nur für schuldhaftes Verhalten bei ihnen gehaftet werden könne, vgl. a. a. O. S. 32/33.

[160]) a. a. O. S. 195.

[161]) Arch. f. Ziv. Prax. 121, S. 360.

[162]) In L. Z. 1923, Sp. 544 und J. W. 1927, S. 1086. Hier versuchte er auch das Rechtsverhältnis der V.V. als Schuldverhältnis zu charakterisieren. Inzwischen hat er das offenbar fallen lassen. Vgl. J. W. 1928, S. 1285. Ueber die Bedenken dagegen vgl. Raiser, S. 22/23 und auch Siber, a. a. O. S. 197, und Fürst, L. Z. 1910, S. 177. Vgl. auch R.G. 78. 239.

[163]) a. a. O. S. 54 ff.

entschlossen hat zu einem andern zum Zwecke des Vertragschlusses in Beziehungen zu treten." Demgegenüber hat Raiser[164]) geltend gemacht, daß es, wenn man die Entstehung dieser Pflichten so weit zurückverlege, scheinen könne, als ob sie gegenüber den „in den Deliktsnormen verkörperten allgemeinen Rechtspflichten nicht grundsätzlich verschieden wären." Er läßt daher die Pflichten entstehen in dem Augenblick, in dem jemand „es unternimmt durch Willenserklärung — oder sonstwie in die Interessenssphäre eines andern einzudringen." Dagegen hat wieder Stoll[165]) geltend gemacht, das sei durchaus abwegig, denn es sei unmöglich, das Rechtsverhältnis der V.V. aus einer unerlaubten Handlung zu erklären, sich in V.V. einzulassen sei kein rechtswidriger Eingriff in fremde Rechtssphäre. Er selbst läßt heute[166]) die „reine Tatsache des Eintritts in die Vertragsverhandlungen" maßgebend sein. In dieser Arbeit, deren eigentliche Aufgabe die Darstellung der grundsätzlichen Entwicklung unserer Frage ist, soll auf dieses Einzelproblem nicht näher selbständig eingegangen werden. Jedoch sei zu diesen Ausführungen in der Literatur kurz Stellung genommen. Die Erkenntnis Heldrichs über das frühe Bestehen der gesetzlichen vorvertraglichen Pflichten erscheint mir richtig. Sie muß bei Lösung der Frage des Entstehens des Rechtsverhältnisses der V.V. berücksichtigt werden, denn dieses soll doch vor allem auch die Rechtsgrundlage für die aus den gesetzlichen Einzelvorschriften einer Haftung für culpa in contrahendo zu folgernden Pflichten sein. Aber auch der Einwand Raisers gegen Heldrichs Lehre, daß maßgebend sein solle „der Entschluß, zu einem andern in vertragliche Beziehungen zu treten" scheint mir berechtigt zu sein. Jedenfalls liegt die Gefahr des Verwischens des eigentlichen Wesens der vorvertraglichen Pflichten als besonderer, gerade gegenüber dem andern Teil bestehender, bei Heldrich nahe[167]). Zu dem Einwand Stolls gegen Raiser wäre zu sagen, daß dieser nie von einem r e c h t s w i d r i g e n Eingriff in fremde R e c h t s sphäre, sondern von „Einwirkung in fremde I n t e r e s s e n s sphäre" spricht[168]), und daß es sehr fraglich ist, ob er mit diesem Ausdruck das meint, was Stoll unter dem seinen versteht, jedenfalls betont er doch stets den grundsätzlichen Unterschied der vorvertraglichen Pflichten gegenüber dem Deliktsrecht. So scheint mir denn auch seine Ansicht, wenn ich sie unter Berücksichtigung des Richtigen am Einwand Stolls — der Mißverständlichkeit von Raisers Ausdrucksweise — dahin modifiziere,

[164]) a. a. O. S. 24.
[165]) J. W. 1928, S. 1285.
[166]) J. W. 1928, S. 1285.
[167]) Vgl. Heldrichs Ausführungen selbst, wo dies an manchen Stellen, besonders bei Beispielen schon sehr deutlich wird.
[168]) Vgl. auch Raiser selbst J. W. 1928, S. 2636.

daß die auf dem Rechtsverhältnis der V.V. beruhenden Pflichten und dieses selbst entstehen in dem Augenblick, in dem man es „unternimmt[169])" zu einem andern in Vertragsverhandlungen zu treten, von den angeführten die brauchbarste zu sein. Sie berücksichtigt vor allem die Erkenntnis Heldrichs[170]) und vermeidet, so gut es geht, dessen Schwächen[170a]). Darum scheint mir auch die heutige Stolsche Ansicht, daß zur Entstehung des Rechtsverhältnisses der V.V. keine besondere Willenserklärung erforderlich sei, richtig zu sein; denn die maßgebende Handlung, eben das Unternehmen, zu einem andern in Vertragsverhandlungen zu treten, ist kein Rechtsgeschäft[171]).

Schlußwort.

Damit wird für das deutsche bürgerliche Recht eine allgemeine Haftung für Verschulden während der V.V. im Gegensatz zu den meisten ausländischen Rechten[171a]) nicht auf Grund unerlaubter Handlung, sondern auf Grund Verletzung einer besondern, gerade dem andern Teil gegenüber bestehenden Rechtspflicht anerkannt. Dieser Sieg der „vertraglichen" Haftung entspricht dem hier dargestellten Gang der deutschen Rechtsentwicklung. Denn schon von Jhering an, schon für das gemeine Recht, noch mehr aber für das B.G.B., erscheinen die Versuche, die allgemeine Haftung als „vertragliche" zu begründen, im Uebergewicht; sie sind jedenfalls immer von größerer theoretischer und praktischer Auswirkung als die Versuche, die Haftung auf unerlaubte Handlung zu begründen. Diese treten für das gemeine Recht und noch mehr für das B.G.B. ihnen gegenüber immer etwas zurück.

Wenn wir nun diese Versuche, die Haftung als „vertragliche" zu begründen, untereinander vergleichen, so zeigt sich, daß der

[169]) Wenn man darunter versteht „sich daran machen", „es vorbereiten".

[170]) Stolls Worte in J. W. 1928, 1285 „die reine Tatsache des Eintritts in die V.V." könnte man zwar zur Not noch so nehmen, daß man darunter das Sichanschicken zum Eintritt versteht, unter der „Aufforderung zum Eintritt in die V.V.", das er einige Zeilen später maßgebend sein läßt, wird man aber nur die Abgabe, bezw. das Zugehen der Aufforderungserklärung verstehen können.

[170a]) Jedenfalls ist das Moment, das er maßgebend sein läßt, ein objektiveres und festeres als der bloße Entschluß Heldrichs; bei Raiser wirkt sich der Entschluß schon in der Außenwelt irgendwie aus.

[171]) Vgl. Raiser, Arch. f. Ziv. Prax. S. 22.

[171a]) Diese enthalten nämlich, wenn man Heldrich a. a. O. § 15 folgt, einen weiten, die culpa in contrahendo umfassenden Deliktstatbestand. Vgl. Code civil a. 1382, Codice civile, a. 1151, österr. ABGB. § 1295, Abs. 1, Schweiz. Obligationenrecht, Art. 41 Abs. 1, BGB. der russischen Sowjetrepublik § 403. Vgl. auch ALR. I, 6.

wesentlichste Gedanke schon beim ersten derartigen Versuch, schon bei Jhering da war; nämlich der, daß es darauf ankomme, besondere Rechtspflichten zwischen den Parteien schon im Stadium des Werdens des Vertrags anzuerkennen. Die einzelnen Versuche unterscheiden sich [172]) nur durch die Begründung, auf die sie diese Pflichten stützen wollen: Jhering auf ein aus den gesetzlichen Vorschriften zu folgerndes allgemeines Prinzip, dahingehend, daß die Parteien schon während der V.V. zur Wahrnehmung der kontraktlichen diligentia verpflichtet seien; Leonhard auf den nachfolgenden gültigen Vertrag, Siber unmittelbar auf Gesetz bezw. auf einen schon während der V.V. zwischen den Parteien bestehenden fertigen Vertrag, von Tuhr und die heutige Lehre endlich auf das Rechtsverhältnis der V.V. Im Grund genommen sind wir heute wieder bei Jhering angelangt, u n a b h ä n g i g vom nachfolgenden Vertrag sind die Parteien schon während der V.V. — objektiv gesehen — zur Rücksichtnahme aufeinander, — subjektiv gesehen — zur Wahrnehmung der „kontraktlichen diligentia" verpflichtet. Nur die Rechtsgrundlage dieser Pflicht, das Rechtsverhältnis der V.V., ist neu, die Beziehungen der Parteien während der V.V., haben eine festere, eine eigene Form bekommen, der neue Rechtsgedanke des Rechtsverhältnisses der V.V. bietet eine sichere, selbständige und eigentümliche Grundlage für alle während der V.V. bestehenden Rechtspflichten.

Bei allen Versuchen aber, eine Haftung für Verhalten in contrahendo über die gesetzlichen Fälle hinaus zu begründen, auch bei denen, die das für schuldloses Verhalten unternommen haben, tritt ein gemeinsamer Zug hervor: Die treibende, die veranlassende Kraft aller dieser Versuche ist das Empfinden, daß die Haftung, deren theoretische Begründung man versucht, praktisch unentbehrlich sei, die Ueberzeugung, daß es billig sei, in diesem oder jenem Umfange eine Haftung über die gesetzlichen Fälle hinaus zu gewähren [173]). Das praktische Bedürfnis ist auch die treibende Kraft dieses Stückes Rechtsentwicklung gewesen. Zu ihm tritt immer wieder die Ueberlegung, inwieweit es auf Grund der vorhandenen Gesetzeslage möglich sei, ihm zu genügen, die von ihm

---

[172]) Abgesehen davon, daß einzelne von ihnen von vorneherein von einer allgemeinen Pflicht zur Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt während der V.V., also zu einer bestimmten Anspannung der Geisteskräfte, zu einem inneren Verhalten, andere dagegen zunächst von einer Pflicht zur Herbeiführung eines äußeren Erfolges, zu einem bestimmten äußern Verhalten, z. B. zur Anzeige, Erkundigung, Erhaltung oder allgemein zur Wahrnehmung der gegnerischen Interessen, handeln und dann erst die Frage der „Schuld", der Sorgfalt im psychischen Sinne untersuchen.

[173]) Vgl. Jhering, Leonhard, Kuhlenbeck, Siber. Das Reichsgericht, Stoll, usw.

geforderte Haftung anzuerkennen. Durch das Zusammenarbeiten dieser beiden Kräfte [174]) ist unser Problem zu seiner heutigen Behandlung geführt worden, ist dieses Stück Ausgestaltung und Weiterentwicklung des positiven Rechts geschaffen worden. Dieser Zusammenarbeit wird schließlich auch die feinere Ausgestaltung des neuen Rechtsgedankens des Rechtsverhältnisses der V.V., die Lösung der hier noch offenen Einzelfragen in befriedigender Weise gelingen.

[174]) Man könnte es vergröbert auch das Zusammenarbeiten von Praxis und Theorie nennen.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für bürgerl. Recht
Fischbach, Band 41, S. 160.
Archiv für die zivil. Praxis.
Oertmann, Bd. 121, S. 122.
von Tuhr, Bd. 121, S. 359.
Raiser, Bd. 127, S. 1.
Leßgus, Bd. 126, S. 1.
Dernburg, Pandekten Bd. 2, 1897.
Das bürgerliche Recht, 3. Auflage 1906.
Deutsche Juristenzeitung.
v. Tuhr, Bd. 6, S. 471.
Kipp, Bd. 8, S. 253.
Kuhlenbeck, Bd. 10, S. 1142.
Klein, Bd. 11, S. 596.
Endemann, Handbuch des Handelsrechts Bd. 2, 1882.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, dem Bande nach zitiert.
Fuchs, Die Gemeingefährlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz 1909.
Hammel, Die sogen. culpa in contrahendo und die Haftung der Vertragschließenden bei nicht zustande gekommenem Vertrag nach dem B.G.B. Diss. 1912.
Heldrich, Verschulden beim Vertragsabschluß 1923.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts.
Scheurl, Bd. 2, S. 274.
Jhering, Bd. 4, S. 1.
Köppen, Bd. 11, S. 139 und 384.
Schreiber, Bd. 60, S. 167.
Siber, Bd. 70, S. 223.
Manigk, Bd. 75, S. 189.
Juristische Wochenschrift.
Oertmann, Jahrgang 1919, S. 35.
Levy, Jahrgang 1922, S. 1313.
Stoll, Jahrgang 1927, S. 1086.
Stoll, Jahrgang 1928, S. 1285.

Raiser, Jahrgang 1928, S. 2636.
sonst dem Jahrgang nach zitiert.
Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht, 1908.
Kommentar zum B.G.B.:
Fischer-Henle, Handausgabe, 12. Aufl. 1923.
Oertmann, Allgem. Teil, 3. Aufl. 1927.
Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1910.
Plank, Allgem. Teil, bearb. von Flad. 4. Aufl. 1913.
Recht der Schuldverhältnisse, bearb. v. Siber, 4. Aufl. 1914.
Kommentar zum B.G.B.:
der Reichsgerichtsräte, 6. Aufl. 1927.
Staudinger, Allgem. Teil, bearb. von Riezler, 9. Aufl. 1925
Recht der Schuldverhältnisse, bearb. von Engelmann, Kober und Kuhlenbeck, 8. Aufl.
Warneyer, 2. Bde. 1923/1927.
Leipziger Zeitschrift.
Fürst, Jahrg. 1910, S. 177.
Oertmann, Jahrgang 1914, S. 513.
Stoll, Jahrgang 1923, S. 532.
sonst dem Jahrgang nach zitiert.
Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. 1896. Verschulden beim Vertragsschlusse, 1910.
Melliger, Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, 1898.
Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Bd. 2, 1879.
Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. 1, 1853.
Motive zum Entwurf eines B.G.B., Bd. 1 und 2, Amtsausgabe 1888.
Das Recht,
Werner, Jahrgang 6, S. 476.
Müller, Jahrgang 6, S. 541.
Oertmann, Jahrgang 26, S. 5.
sonst dem Jahrgang nach zitiert.
Richelmann, Der Einfluß des Irrtums auf Verträge, 1837.
Max Rümelin, Schadensersatz ohne Verschulden, 1910.
Seuff. Blätter für Rechtsanwendung:
Klein, Bd. 72, S. 140.
Soergel, Jahrbuch des Zivilrechts. Dem Jahrgang nach zitiert.
von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts, 3 Bde. 1914/1918.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts. Dem Jahrgang nach zitiert.
Windscheid, Lehrbuch des Pandekten-Rechts. 9. Aufl. bearb. von Kipp, 1906.